

AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEVAARLIJKE PRODUKTEN

Inleiding

1. Wanneer over «gevaarlijke» zaken wordt gesproken, wordt verwezen naar het schaderisico waartoe zij aanleiding geven¹. Er is vast te stellen dat sommige zaken op zichzelf een schaderisico doen ontstaan (o.m. een granaat, een giftige paddestoel ...), terwijl andere zaken door de feitelijke omstandigheden gevaarlijk worden (o.m. een losliggend tapijt op een marmeren vloer ...).

Benadrukt is dat het «gevaarlijk» karakter van een zaak niet als grondslag van een autonome of objectieve aansprakelijkheid kan dienen omdat het «gevaar» als toepassingsvoorwaarde onprecies en onduidelijk is².

Te onderstrepen is dat het in omloop brengen en/of houden van een gevaarlijke zaak, onder omstandigheden, als een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W. kan gelden, maar dat zulks niet noodzakelijk het geval is³.

Daartoe is vast te stellen dat de aangesprokene toerekeningsvatbaar was, dat hij door de gevaarlijke zaak in omloop te brengen en/of te houden niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en redelijk mens, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, zou hebben gedaan (miskenning van een algemene zorgvuldigheidsnorm) en dat schade als gevolg daarvan voorspelbaar was.

In beginsel kan aldus uit de feitelijke vaststelling dat een gevaarlijke of gebrekkige⁴ zaak in omloop werd gebracht en/of gehouden niet wettig worden afgeleid dat een fout werd begaan.

Dit ligt voor de hand: aangezien het feit schade te berokkenen niet noodzakelijk foutief is⁵, kan uit de enkele vaststelling dat een schaderisico in het leven is geroepen⁶, niet worden afgeleid dat een fout is begaan.

Het al dan niet foutief karakter van het in omloop brengen en/of houden van een gevaarlijke of gebrekkige zaak

is, afgezien van de toerekeningsvatbaarheid van de aangesprokene en van de voorspelbaarheid van schade, te beoordelen op grond van *alle* feitelijke omstandigheden die zich bij het in omloop brengen en/of houden voordeden (o.m. de kennis van de wetenschap, het gebruik dat van de zaak werd gemaakt, de alternatieven en hun prijs ...). Door enkel met het in omloop brengen en/of houden van een «gevaarlijke» (of een gebrekkige) zaak rekening te houden, wordt het wettelijk foutbegrip miskend.

De resultaten die, wat betreft de vergoeding van de slachtoffers van «gevaarlijke» zaken, met de persoonlijke aansprakelijkheid zijn bereikt, worden evenwel ontoereikend geacht.

In het buitenland is soms voorgesteld een objectieve aansprakelijkheid aan het *bijzonder* gevaar te verbinden dat aan een zaak of een stof is verbonden⁷.

Een echte oplossing is dit niet: het is even moeilijk een gevaarlijke als een bijzonder gevaarlijke zaak te omschrijven. Het vereiste *bijzonder* gevaar geeft de feitenrechter integendeel een bijkomende beoordelingsvrijheid zodat de aansprakelijkheid niet aan onverschillig welke gevaarlijke zaak is verbonden.

Het Belgisch recht heeft zich op een andere wijze ontwikkeld. De wetgever heeft, m.b.t. zaken waaraan — naar zijn oordeel — een «bijzonder» gevaar kleeft, het initiatief tot bijzondere wetten genomen waardoor een objectieve aansprakelijkheid in het leven is geroepen. Die aansprakelijkheid is aan de in aanmerking genomen zaken of stoffen verbonden, zonder dat hun eventueel «bijzonder» gevaar een toepassingsvoorwaarde van de aansprakelijkheid zou zijn.

De Belgische wetgever moet daarnaast, in beginsel voor 30 juli 1988, de Europese Richtlijn van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lid-staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, in het nationaal recht in werking doen treden (zie artikel 19 Richtlijn).

Weliswaar wordt in de Richtlijn gesproken over produkten met gebreken, maar, zoals hierna wordt toegelicht, stoelt de beoogde aansprakelijkheid geenszins op het gebrek van het produkt, doch wel op het ermee gepaard gaand *gevaar*.

⁷ O.m. is te verwijzen naar het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, meer bepaald naar de ontwerp teksten van de artikelen 6.3.2.5 en 6.3.2.6 (zie HARTKAMP, A.S., *Verbintenissenrecht*, III, in Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 128 e.v.).

Betwifelbaar is nochtans of door die artikelen een objectieve aansprakelijkheid in het leven is geroepen (CORNELIS, L., «De aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken in België en Nederland», *R.M.T.*, 1987, 177-178, nrs. 17-18).

¹ Zie dienaangaande: MAEYER, M.J.M.M., Rapport général, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, XIX, Les choses dangereuses, Parijs, 1971, 10; CORNELIS, L., *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 668-678, nr. 119.

² ATIYAH, P.S., *Accidents, compensation and the law*, Londen, 1978, 153; CORNELIS, L., o.c., 670-672, nr. 120.

³ Dit is slechts foutief wanneer de aangesprokene toerekeningsvatbaar was (wat o.m. de ontstentenis van rechtvaardigingsgrond vergt), wanneer aldus een algemene zorgvuldigheidsnorm werd geschonden en schade voorspelbaar was.

⁴ Ook een gebrekkige zaak geeft tot een gevaar aanleiding; zie de bepaling van het begrip «gebrek», als de abnormale gesteldheid of het abnormaal kenmerk van de zaak waardoor zij voor normaal gebruik ongeschikt wordt en schade kan berokkenen.

⁵ Zie o.m. Cass., 10 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 406, *Pas.*, 1977, I, 410; Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 135, *Pas.*, 1974, I, 124.

⁶ Dat zich, bij veronderstelling, nog niet heeft verwezenlijkt.

In tegenstelling tot de bijzondere wetten die de Belgische wetgever in het leven riep, is de door de Richtlijn beoogde aansprakelijkheid niet als dusdanig aan het produkt (de zaak) verbonden, doch wel aan een kenmerk ervan (nl. het gevaar).

Die aansprakelijkheid is nieuw in het arsenaal van de Belgische aansprakelijkheidsregels. Zij wordt in dit verslag onderzocht.

Uitgaande van de Richtlijn van 25 juli 1985 worden de toepassingsvoorwaarden van de toekomstige aansprakelijkheid, het toegelaten tegenbewijs, de grondslag van die aansprakelijkheid en haar toepassingsgebied bepaald.

De Richtlijn kan zich over een zeer grote belangstelling verheugen⁸, die wellicht niet snel zal luwen, aangezien de Belgische wet waardoor de beoogde aansprakelijkheid in het Belgisch recht wordt opgenomen, niet alleen door de rechtsleer zal worden besproken, maar ook tot rechtspraak aanleiding zal geven, die tot heden ontbreekt.

In dit verslag wordt geen volledigheid nagestreefd, maar wordt naar krachtlijnen gezocht die met het bestaande Belgisch, vnl. buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in verband worden gebracht.

⁸ *Belgische doctrine*: o.m. BENOIT-MOURY, A., «L'enjeu d'une directive européenne récente sur la responsabilité du fait des produits défectueux», *Ann. Dr. Liège*, 1987, 337-346; BOURGOIGNIE, T., «La sécurité des consommateurs et l'introduction de la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux en droit belge», *J.T.*, 1987, 357-363; COUSY, H. en CLAASSENS, H. (ed.), *Produktenaansprakelijkheid, Veiligheid en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 1987, 326 blz. (vnl. de proeve van ontwerp Belgische aanpassingswet aan de EEG-richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid, opgesteld door Van Schoubroeck, C., Verhoeven, F., Wastiau, M. en Laes, E., blz. 25-115); FAGNART, J.L., «La directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits», *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 3-68; FALLON, M., «La directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits et le secteur de la construction», *T. Aann.*, 1987, 260-278; FALLON, M., «L'adaptation de la responsabilité du fait des produits à la directive européenne du 25 juillet 1985», *R.G.A.R.*, 1987, nrs. 11245 en 11258; FAURE, M. en VANBUGENHOUT, W., «Produktenaansprakelijkheid. De Europese richtlijn: harmonisatie en consumentenbescherming?», *R.W.*, 1987-88, 1-14 en 33-49; FONTAINE, Ph., «Directive européenne R.C. produits. Réflexions d'un assureur», *De Verz.*, 1987, 255-263; RUTSAERT, J.M., «De Europese Richtlijn betreffende de produktenaansprakelijkheid en de Belgische wetgever», *Verzekeringscahiers*, 1986/2, 7-23.

Zie ook: o.m. GHESTIN, J., «La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux», *D.*, 1986, Chr., 135-142; KRÖGER, H., «Problèmes d'application de la directive européenne dans les différents Etats membres», *Ann. Dr. Liège*, 1987, 298-306; LORENZ, W., «Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung: zur Richtlinie des Rates des Europäischen Gemeinschaften vom 25 Juli 1985», *Z.H.R.*, 151 (1987), 1-39; TASCHNER, H.C., *Produkthaftung*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986, 191 blz.; TASCHNER, H.C., «Risque et sécurité — risque et responsabilité», *Ann. Dr. Liège*, 1987, 290-297; TOREM, C. en FOCSANEANU, L., «La directive du Conseil des communautés européennes du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit français applicable en la matière», *J.C.P.*, 1987, I, 3269; VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, A.J.O., *Produktenaansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 132 blz.

Zonder het belang van die benadering in twijfel te trekken, wordt het Europees en rechtsvergelijkend aspect van de Richtlijn buiten beschouwing gelaten.

A. De toepassingsvoorwaarden

2. Opdat bij toepassing van de Richtlijn tot aansprakelijkheid is te besluiten, dient de vordering tot schadevergoeding tegen de «producent» te worden ingesteld.

Bovendien moet de schade zijn veroorzaakt door een «produkt», zoals door de Richtlijn omschreven, dat een gebrek aan veiligheid vertoont.

a.1. De aangesprokene moet de hoedanigheid van producent bezitten

3. De producent wordt in artikel 3 van de Richtlijn omschreven: het is de fabrikant van een eindprodukt, de producent van een grondstof of de fabrikant van een onderdeel, alsmede een ieder die zich als producent aandient door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het produkt aan te brengen.

Evenwel wordt, benevens de producent, ook aansprakelijk gesteld de invoerder van een produkt in de Gemeenschap om het te verkopen, te verhuren, te leasen of anderszins te verstrekken, als ware hij een producent.

Ten slotte wordt elke leverancier van een produkt er de producent of invoerder van geacht wanneer niet is vast te stellen wie de producent of invoerder is. De leverancier kan echter binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent, van degene die hem het produkt heeft geleverd, of van de invoerder meedelen.

In artikel 5 van de Richtlijn wordt verduidelijkt dat wanneer meerdere personen uit hoofde van de Richtlijn aansprakelijk zijn, tot een *solidaire* aansprakelijkheid is te besluiten, onverminderd de bepalingen van het nationaal recht inzake regres.

Wanneer een produkt, een grondstof of een onderdeel binnen de Gemeenschap is vervaardigd, kan het slachtoffer op de aansprakelijkheid van de producent (fabrikant) een beroep doen (artikel 3.1 Richtlijn).

Wanneer het produkt, de grondstof of een onderdeel daarentegen buiten de Gemeenschap is vervaardigd, beschikt het slachtoffer over de mogelijkheid de solidaire aansprakelijkheid van zowel de producent als de invoerder in de Gemeenschap in te roepen, wanneer de import in het kader van commerciële activiteiten gebeurde, om het produkt te verkopen, te verhuren, te leasen of anderszins te verstrekken (artikelen 3.1, 3.2 en 5 Richtlijn).

In werkelijkheid zal de toestand dikwijls ingewikkelder zijn: het is niet uitzonderlijk dat een grondstof en/of een onderdeel buiten de Gemeenschap wordt vervaardigd, maar dat het eindprodukt in de Gemeenschap tot stand komt, zoals het eveneens gebeurt dat een grondstof of een onderdeel, binnen de Gemeenschap vervaardigd, wordt uitgevoerd om buiten de Gemeenschap tot een eindprodukt te worden verwerkt dat in de Gemeenschap wordt ingevoerd.

Onder omstandigheden kan aldus de solidaire aansprakelijkheid van een lange reeks rechtssubjecten worden ingeroepen.

Wanneer bv. een vliegtuigongeval is te wijten aan een gebrek aan veiligheid van het ijs dat bij de vervaardiging

van een bout of van een schroef, onderdeel van de motor, is gebruikt, kunnen de slachtoffers eventueel de solidaire aansprakelijkheid inroepen van de producent en eventueel de invoerder van het ijzer, de producent en eventueel de invoerder van de bout of de schroef, de producent en eventueel de invoerder van het vliegtuig⁹.

Het gebrek aan veiligheid van de grondstof is immers in de onderdelen en eindprodukten geïncorporeerd.

4. Het aantal aansprakelijken kan nog worden uitgebreid met diegenen die zich als producent hebben aangediend door hun naam, merk of ander onderscheidingsteken op het produkt (grondstof, onderdeel of eindprodukt) aan te brengen (art. 3.1 in fine Richtlijn).

Soms wordt de indruk gewekt¹⁰ dat, bij de beoordeling of hij zich als producent heeft aangediend door zijn naam, merk of ander onderscheidingsteken op het produkt aan te brengen, de bedoeling van de aangesprokene doorslaggevend zou zijn.

Die opvatting is te verwerpen¹¹: niet de bedoeling van de aangesprokene¹², maar de vraag of hij zich op de markt als producent heeft aangediend door naam, merk of een ander onderscheidingsteken op het produkt aan te brengen, is door de feitenrechter te beoordelen. De feitelijke omstandigheden en niet de bedoeling van de aangesprokene zijn daarbij doorslaggevend¹³.

Taschner, gevolgd door sommige auteurs, is van oordeel dat niet als invoerder in de zin van artikel 3.2 Richtlijn in aanmerking komt het rechtssubject dat produkten voor eigen gebruik (m.a.w. buiten een commerciële activiteit) invoert¹⁴. Hij verwijst daartoe naar artikel 7, c, van de Richtlijn.

Artikel 3.2 van de Richtlijn bepaalt weliswaar dat de import in het kader van commerciële activiteiten moet gebeuren, maar elke daad van een handelaar wordt krachtens artikel 2 in fine van het Wetboek van Koophandel geacht een daad van koophandel te zijn en derhalve tot zijn commerciële activiteiten te behoren.

Bovendien kan het gebruik door een invoerder van een produkt, dat hij voor eigen rekening aanwendt, zich best in het kader van zijn commerciële activiteiten voordoen¹⁵.

⁹ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 50, nr. 84; FALLON, M., o.c., *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11245-5, nr. 14.

¹⁰ O.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 51, nr. 85; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 7-8, nr. 15.

¹¹ Zie FALLON, M., o.c., *R.G.A.R.*, 1987, 11245-4 verso, nr. 13; cf. VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 49-50, nr. 2.

¹² De hoedanigheid van «producent» in de zin van de Richtlijn is geen rechtshandeling, maar een *rechtsfeit*.

¹³ De personen die naam, merk of een ander onderscheidingsteken op een niet door hen vervaardigde grondstof, onderdeel of eindprodukt aanbrengen, dienen er m.a.w. voor te zorgen dat niet de indruk wordt gewekt dat zij het produkt hebben vervaardigd.

¹⁴ TASCHNER, H.C., o.c., 54, nr. 19; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 8, nr. 16; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 50, nr. 3; *contra*: VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, o.c., 29.

¹⁵ Zoals van Wassenae van Catwijck terecht opmerkt is dit het geval voor zijn bedrijfsuitrusting wanneer hij die aan anderen verstrekt (bv. arbeiders, ondergeschikten, bezoekers, klanten, ...).

De omstandigheid dat de invoerder, onder omstandigheden, met toepassing van artikel 7, c, van Richtlijn, aan de aansprakelijkheid kan ontsnappen, doet dan ook geen afbreuk aan zijn hoedanigheid van «producent». Het betreft twee duidelijk van elkaar te onderscheiden ideeën. Wordt dit onderscheid verwaarloosd, dan worden personen buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn gelaten, hoewel op hen, volgens die Richtlijn, een aansprakelijkheid had dienen te rusten zolang zij het door artikel 7, c, Richtlijn bepaalde tegenbewijs niet hebben geleverd.

5. De «producent» in de zin van de Richtlijn is, zoals aangetoond, een begrip met veel mogelijke betekenissen (de producent van een grondstof, onderdeel of eindprodukt; de persoon die naam, merk of een ander onderscheidingsteken op een grondstof, onderdeel of eindprodukt heeft aangebracht en zich aldus als producent aandient; de invoerder in de Gemeenschap van een grondstof, onderdeel of eindprodukt om dit, in het kader van zijn commerciële activiteiten, te verkopen, te verhuren, te leasen of anderszins te verstrekken). Hiermee is zorgvuldig rekening te houden bij de verdere studie van de Richtlijn, aangezien enkel en alleen nog over «de producent» zal worden gesproken en het aan de lezer wordt overgelaten telkenmale te bedenken dat aldus de hele reeks van mogelijke «producenten» wordt beoogd.

Uit de omschrijving van de «producent» blijkt meteen dat de Richtlijn aansprakelijkheden in het leven roept die in het algemene recht onbekend waren.

De bewaarder van de zaak, waarnaar artikel 1384, eerste lid, B.W. verwijst¹⁶, zal zelden of nooit de hoedanigheid van «producent» bezitten. Zelden zal de «producent» ook de hoedanigheid van verkoper, zoals bedoeld door de artikelen 1641 e.v. B.W. hebben¹⁷.

De Richtlijn breidt aldus aanzienlijk de aansprakelijkheden uit.

6. Zoals de Belgische rechtspraak, die artikel 1384, eerste lid, B.W. toepast, geneigd is om bij wijze van feitelijk vermoeden en als bijkomende bescherming van het slachtoffer aan te nemen dat de eigenaar tevens de bewaarder van die zaak is, zo ook heeft de Raad in artikel 3.3 van de Richtlijn een bewijsvoordeel aan het slachtoffer toegekend.

Wanneer het slachtoffer noch de producent, noch de invoerder in de Gemeenschap van een grondstof, onderdeel of eindprodukt op het spoor kan komen, kan de *leverancier* worden aangesproken.

Hij kan zich aan de aansprakelijkheid onttrekken door binnen een redelijke termijn¹⁸ de producent, zijn leverancier of de invoerder van het produkt aan te wijzen.

Aangezien de bedrijfsuitrusting, al dan niet via afschrijvingen, in de kostprijsberekening in aanmerking wordt genomen, is ook in die zin te overwegen dat het produkten zijn die, binnen het kader van commerciële activiteiten, worden verkocht, verhuurd, geleasd of anderszins verstrekt.

¹⁶ Als bewaarder van de zaak (art. 1384, eerste lid, B.W.) komt in aanmerking het rechtssubject dat voor eigen rekening de zaak gebruikt, ervan geniet of ze behoudt met de macht er toezicht, bewaking en leiding op uit te oefenen.

¹⁷ Zie voor een overzicht van de desbetreffende rechtsregels GLANS DORFF, Fr., «Le droit de la vente: à la recherche d'un équilibre», in *La vente*, Brussel, J.B., 1987, 29-58.

¹⁸ Wellicht te rekenen vanaf het ogenblik van de aanmaning om

Slaagt hij daarin niet, wil hij die informatie niet verstrekken of gebeurt dit buiten de redelijke termijn, die door hoven en rechtbanken nader is te bepalen¹⁹, dan vervangt/vervangen de leverancier(s) van grondstof, onderdeel en/of eindprodukt de mogelijke lange rij van producenten en eventueel invoerders van die grondstof, onderdeel en/of eindprodukt.

Het was blijkbaar de bedoeling van de Raad om door middel van door de aangesproken leveranciers verstrekte informatie, het slachtoffer de mogelijkheid te bieden uiteindelijk terug tot de producent en eventueel de invoerder van de grondstof, het onderdeel en/of het eindprodukt op te klimmen.

Met betrekking tot de te verstrekken informatie rijzen er evenwel problemen: zal de leverancier, wanneer het produkt dat in de Gemeenschap wordt ingevoerd, noch de naam van de producent, noch die van de invoerder vermeldt, aan aansprakelijkheid ontsnappen wanneer hij één van hen aanwijst of moet hij daartoe beiden of minstens zijn leverancier kenbaar maken, om het slachtoffer in staat te stellen zowel producent als invoerder solidair aan te spreken²⁰?

Zeer ingewikkelde toestanden kunnen zich bij toepassing van artikel 3.3 van de Richtlijn voordoen wanneer bv. de producent en eventueel de invoerder van een eindprodukt bekend is, doch niet de producent en eventueel de invoerder van een onderdeel en/of van een grondstof.

Aangezien de Richtlijn tot een solidaire aansprakelijkheid van meerdere «producenten» kan leiden, is te bepalen hoe hun onderlinge rechtsverhouding is te regelen wanneer het slachtoffer door één van hen is vergoed. In artikel 5 van de Richtlijn wordt verwezen naar de bepalingen van het nationaal recht inzake regres.

De draagwijdte hiervan is onduidelijk: wordt bedoeld dat het bestaan, de rechtsgrond en de modaliteiten van het regres door het nationaal recht worden geregeld of is aldus ook te kennen gegeven dat de aansprakelijkheden in hun onderlinge rechtsverhouding tot staving van hun regres alleen op nationale rechtsregels een beroep kunnen doen, zodat de Richtlijn een Schutznorm zou zijn voor de rechtstreekse slachtoffers van produkten die een gebrek aan veiligheid vertonen?

Wellicht is aan de eerste interpretatie de voorkeur te geven, te meer daar de Richtlijn in de nationale rechtsstelsels is op te nemen en de beoogde aansprakelijkheidsregels dus nationaal recht worden.

Naar Belgisch recht houdt dit in dat het regres zowel op grond van de wettelijke subrogatie in de rechten van het slachtoffer, als op grond van een eigen recht — gestoeld o.m. op de aansprakelijkheidsregels van de Richtlijn — is uit te oefenen²¹, op voorwaarde, in dit laatste geval, dat

aldus de vergoeding van een volgens de Richtlijn vergoedbare schade wordt gevorderd (zie artikel 9 Richtlijn), wat in het kader van een regresvordering op vermogensschade betrekking heeft, uitgesloten lijkt.

Ten slotte blijkt uit artikel 4 van de Richtlijn dat het slachtoffer nog van een tweede aanzienlijk bewijsvoordeel geniet (zie ook artikel 7, a, Richtlijn). Aangezien volgens die bepaling het slachtoffer enkel de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade moet bewijzen, is aan te nemen dat de aangesprokene zelf het bewijs moet leveren dat hij de hoedanigheid van producent (zoals omschreven in art. 3) niet bezit.

a.2. De schade moet door een produkt zijn veroorzaakt

7. Als «produkt» wordt in de Richtlijn elk roerend goed aangeduid, met uitzondering van landbouwgrondstoffen en produkten van de jacht.

Het is evenwel niet dienend of dit roerend goed al dan niet een bestanddeel van een ander roerend of onroerend goed vormt. De Raad heeft gemeend te moeten vermelden dat elektriciteit als een produkt in aanmerking komt.

Om de m.b.t. landbouwgrondstoffen gemaakte uitzondering te omlijnen, is verwezen naar produkten van de bodem, van de veefokkerij en van de visserij, met uitzondering van produkten die een eerste be- of verwerking hebben ondergaan (art. 2 Richtlijn).

Elke lid-staat kan nochtans beslissen dat landbouwgrondstoffen en produkten van de jacht toch als een produkt in aanmerking komen (zie artikel 15.1, a, en de aldaar vermelde procedure).

De Richtlijn is evenwel niet van toepassing op nucleaire ongevallen «waarop door de lid-staten van de Gemeenschap bekrachtigde internationale verdragen van toepassing zijn» (art. 14 Richtlijn)²² of op produkten die vóór het in werking treden van de aansprakelijkheidsregels van de Richtlijn in de nationale rechtsstelsels in het verkeer zijn gebracht (art. 17 Richtlijn).

De Richtlijn is niet toepasselijk op onroerende goederen. Het onderscheid tussen roerend en onroerend goed wordt blijkbaar aan de nationale rechtsstelsels overgelaten.

Wanneer een roerend goed, zij het een grondstof, onderdeel of een eindprodukt, een bestanddeel van een onroerend goed is geworden, ontsnapt het evenwel niet aan de toepassing van de Richtlijn²³, wanneer dit bestanddeel de schade heeft veroorzaakt.

²² Hieruit volgt dat de Richtlijn wel toepasselijk is op schade die door kernenergie wordt veroorzaakt hetzij wanneer die schade met geen nucleair ongeval gepaard gaat, hetzij wanneer op dergelijk ongeval geen door de lid-staten van de Gemeenschap bekrachtigde internationale verdragen van toepassing zijn (FAGNART, J.L., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 28-29, nr. 42; TASCHNER, H.C., o.c., 151-155). Die laatste voorwaarde is onduidelijk: is eruit af te leiden dat alle lid-staten het internationaal verdrag moeten hebben goedgekeurd, is het voldoende dat één van hen daartoe overging, of is het voldoende dat het internationaal verdrag werd goedgekeurd door de staat die de aansprakelijkheid moet toepassen?

²³ Zie de voorbeelden van FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 22-23, nr. 33; FALLON, M., o.c., *T.Aann.*, 1987, 261-262; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 6 nr. 11.

zijn verplichting tot schadeloosstelling te voldoen (zie VAN SCHOU-BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 51-52, nr. 4).

¹⁹ Hierbij zal wellicht rekening worden gehouden met de door de Richtlijn bepaalde verjarings- en vervaltermijnen (artt. 10 en 11 Richtlijn).

²⁰ FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 9, nr. 17.

²¹ Zie Cass., 17 juni 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 1305, *Pas.*, 1982, I, 1221.

Het onroerend goed zelf blijft daarentegen buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn: in tegenstelling tot de rechtspraak die artikel 1384, eerste lid, B.W. in die gevallen onder omstandigheden toepasselijk acht, zal een warenhuis of een openbare weg derhalve niet als een produkt in aanmerking komen wanneer zich op de vloer of op het wegdek een — abnormaal — voorwerp bevindt²⁴.

Hoewel de Richtlijn ter zake geen inlichtingen verstrekt, wordt aangenomen dat zij geen betrekking heeft op onlichamelijke roerende goederen²⁵. In zoverre aldus wordt beoogd «subjectieve rechten», van welke aard ook, aan de Richtlijn te onttrekken, is die zienswijze bij te vallen.

Onlichamelijke goederen zoals gassen, licht, warme lucht, koude lucht... die moeilijk als «zaak» zijn te omschrijven²⁶, horen daarentegen wel als produkten te worden beschouwd²⁷.

Elektriciteit behoort tot die categorie van goederen, zodat een afzonderlijke vermelding niet onontbeerlijk was.

Door het produkt als een roerend goed te omschrijven, vallen diensten niet onder de toepassing van de Richtlijn²⁸.

De grondstoffen en onderdelen blijven daarentegen, hoewel zij in een eindprodukt zijn opgenomen, produkten, waarop de Richtlijn betrekking heeft.

8. De vraag is gerezen of de Richtlijn op het menselijk lichaam of onderdelen ervan toepasselijk is²⁹.

Zolang de mens in leven is, kan hij niet als een roerend goed, als een «produkt» in aanmerking komen³⁰.

Na het overlijden, is het menselijk lichaam wel degelijk een roerend goed, zodat het lichaam evenals de delen ervan³¹ in beginsel onder de toepassing van de Richtlijn vallen³².

Wanneer het lichaam of delen ervan als produkten in aanmerking komen, moet ook «de producent» worden bepaald.

Het rechtssubject dat overleden is of delen van zijn lichaam afstaat, is bezwaarlijk als producent te beschouwen: hij heeft zijn lichaam of de afgestane delen immers niet «vervaardigd».

Het is echter best mogelijk dat andere rechtssubjecten de hoedanigheid van producent verwerven door het lichaam of

de afgestane delen te bewerken, door hun naam, merk of ander onderscheidingsteken aan te brengen, door ze in de Gemeenschap, in het kader van commerciële activiteiten, in te voeren om ze te verkopen, ze anderszins te verstrekken of door ze te leveren.

9. Omdat in de toelichting bij de Richtlijn is aangegeven dat de beoogde aansprakelijkheid alleen van toepassing is op roerende goederen die *industriële* zijn vervaardigd, is ingeroepen dat uitsluitend industrieel vervaardigde roerende goederen «produkten» zijn³³.

Die opvatting is voor kritiek vatbaar: vast te stellen is niet alleen dat artikel 2 van de Richtlijn dit onderscheid niet overneemt, maar ook dat de mogelijke uitzondering voor landbouwgrondstoffen en van produkten van de jacht verbodig zou zijn, wanneer alleen industriële roerende goederen «produkten» in de zin van de Richtlijn zouden zijn.

Ten slotte is niet duidelijk hoe een *industriële* vervaardigd produkt van andere roerende goederen is te onderscheiden.

Om die redenen verdient het de voorkeur alle roerende goederen, ongeacht de wijze waarop zij tot stand kwamen (industriële, ambachtelijk, huishoudelijk, door een kunstenaar of door een knutselaar ...), tot de produkten te rekenen³⁴.

De produkten van de bodem, van de veefokkerij, van de visserij en van de jacht kunnen door de lid-staten in het toepassingsgebied van de aansprakelijkheid worden opgenomen (artt. 2 en 15.1, a, Richtlijn).

M.b.t. de begrippen «produkten van de veefokkerij, de visserij en de jacht» zullen wellicht weinig interpretatieproblemen rijzen. Aangezien «de produkten van de bodem» noodzakelijk landbouwgrondstoffen moeten zijn, is het besluit onvermijdelijk dat produkten van de bodem, zoals ertsen, gas, petroleum, kolen ..., die aan de landbouw vreemd zijn, niet tot die categorie van produkten zijn te rekenen³⁵.

M.b.t. landbouwgrondstoffen³⁶ is bepaald dat hun «immuniteit» hoe dan ook bij de eerste be- of verwerking eindigt. Er is reeds gewezen op de interpretatiemoeilijkheden waartoe die begrippen aanleiding geven³⁷.

Sommigen beweren dat de be- of verwerking industrieel moet zijn om in aanmerking te komen³⁸. Die zienswijze lijkt andermaal betwistbaar: artikel 2 is duidelijk ruimer en er wordt niet ingezien waarom een ambachtelijke of huis-

²⁴ Zie ook TASCHNER, H.C., o.c., 38.1.

²⁵ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 21, nr. 31; VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 36-38;

²⁶ Ze worden immers niet «materieel» geacht.

²⁷ Zie FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 19, nr. 30; VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 38, nr. 1; cf. TASCHNER, H.C., o.c., 39.2.

²⁸ O.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 19, nr. 30.

²⁹ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 19-20, nr. 30, B; TASCHNER, H.C., o.c., 40-41.

³⁰ Dit besluit geldt eveneens voor toestanden waarin de mens leeft maar zijn bewustzijn is uitgeschakeld (bv. naar aanleiding van een hartaanval, een hersenbloeding, een aanval van epilepsie, een comateuze toestand ...).

³¹ Dit geldt overigens ongeacht of die delen van levenden dan wel van een dode afkomstig zijn.

³² FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 20, nr. 30, B; cf. TASCHNER, H.C., o.c., 40-41, die het met dit besluit zeer moeilijk heeft en blijkbaar van oordeel is dat het bloed door een donor gegeven buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn moet blijven.

³³ Die opvatting is duidelijk bij TASCHNER, C.H. aan te treffen (o.c., 44-45, zie nochtans ook blz. 46-47); zie ook FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 6, nr. 11.

³⁴ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 24-25, nr. 35; TASCHNER, H.C., o.c., 46-47.

³⁵ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 25, nr. 38; TASCHNER, H.C., o.c., 42-44.

³⁶ De vraag rijst trouwens waarom hetzelfde niet m.b.t. de produkten van de jacht werd bepaald (zie artikel 2 Richtlijn; TASCHNER, H.C., o.c., 45, nr. 16) pleit voor een toepassing naar analogie; zie ook FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 27-28, nr. 41b).

³⁷ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 27, nr. 41, a; VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 40-44; VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, o.c., 31-34.

³⁸ O.m. FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 6, nr. 12; TASCHNER, H.C., o.c., 44-45, nr. 14; VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, o.c., 31.

houdelijke be- of verwerking andere rechtsgevolgen dan een industriële be- of verwerking zou hebben.

a.3. Het produkt moet een gebrek aan veiligheid vertonen

10. De Richtlijn verbindt de aansprakelijkheid aan een gebrek van het produkt (artikel 1), dat in artikel 6 nader wordt omschreven. Het produkt is nl. gebrekkig wanneer het niet de veiligheid biedt die men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtigd is te verwachten. Daartoe is rekening te houden met de presentatie van het produkt, het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het produkt, het tijdstip waarop het in het verkeer is gebracht.

De enkele omstandigheid dat nadien een beter produkt in het verkeer is gebracht, volstaat niet om een ander produkt als gebrekkig te beschouwen (artikel 6 Richtlijn).

Het door de Richtlijn omschreven begrip «gebrek van het produkt» heeft weinig of niets gemeen met het «gebrek van de zaak», dat een toepassingsvoorwaarde van artikel 1384, eerste lid, B.W. is³⁹ of met het verborgen gebrek dat de verkoper overeenkomstig de artikelen 1641 e.v. B.W. tot garantie verplicht^{40, 41}.

Om die reden is bij voorkeur van een aansprakelijkheid voor *gevaarlijke* i.p.v. voor gebrekkige produkten te spreken.

Door te verwijzen naar de veiligheid die men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtigd is van het produkt te verwachten, wordt impliciet doch zeker een verband gelegd met het gevaar, met de kans op schade, dat (die) het produkt in het leven roept.

Wanneer het produkt niet aan de veiligheidsnorm beantwoordt, waarvan de criteria door de Richtlijn zijn bepaald, is het produkt «gevaarlijk» te noemen, doet het de gebruikers en het publiek in het algemeen een schaderisico lopen, dat ten laste van de producent komt wanneer het zich verzeenzijkt⁴².

De opstellers van de Richtlijn zijn er aldus in geslaagd de moeilijkheden waartoe de omschrijving van een «gevaarlijk» produkt (of een «gevaarlijke» zaak) aanleiding geeft⁴³, op te vangen door dit gevaar aan de hand van een veiligheidsnorm te bepalen, waaraan het produkt moet beantwoorden.

Het verschil met het gebrek van de zaak (artikel 1384, lid 1, B.W.) en het verborgen gebrek (artt. 1641 e.v. B.W.) is dan ook opvallend.

Het produkt wordt niet met zijn model vergeleken om een abnormaal kenmerk van het produkt te bespeuren waardoor schade kan worden veroorzaakt. Het wordt integendeel aan een veiligheidsnorm getoetst.

³⁹ En dat wordt omschreven als een abnormaal kenmerk of als abnormale gesteldheid waardoor de zaak voor normaal gebruik ongeschikt is en schade kan berokkenen.

⁴⁰ Zie voor een overzicht GLANSBORFF, Fr., o.c., 39-41; SIMONT, L., DE GAVRE, J. en FORIERS, P.A., «Examen», R.C.J.B., 1985, 149-165.

⁴¹ VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 56-57.

⁴² Contra: FAGNART, J.L., o.c., Cah. Dr. Eur., 1987, 30, nr. 46.

⁴³ Zie supra nr. 1.

Onder die omstandigheden kan het, onder omstandigheden, gebeuren dat een produkt, hoewel het geen abnormaal kenmerk vertoont waardoor schade kan worden veroorzaakt, niettemin de door de Richtlijn bepaalde veiligheidsnorm miskent.

Gelet op de kenmerken van de veiligheidsnorm⁴⁴ is overigens niet zonder meer aan te nemen dat een gebrekkig produkt in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W. noodzakelijk een gevaarlijk produkt in de zin van de Richtlijn is.

Het betreft twee onderscheiden begrippen, waarvan de toepassingsvoorwaarden verschillen, zodat een zorgvuldig feitelijk onderzoek onontbeerlijk is alvorens er toepassing van te maken.

Dit besluit blijft ook t.a.v. het verborgen gebrek (artt. 1641 e.v. B.W.) geldig. De opstellers van de Richtlijn, gaven in de zesde considerans te kennen dat «niet de ongeschiktheid van het produkt voor het gebruik maatstaf moet zijn, doch het gebrek aan veiligheid die het grote publiek gerechtigd is te verwachten».

Hoewel betwisting blijft bestaan⁴⁵, wordt aangenomen dat de verkochte zaak een verborgen gebrek vertoont wanneer zij ongeschikt is voor het doel waartoe zij is aangekocht, ook al is zij door geen structurele of intrinsieke afwijking aangetast⁴⁶.

Doorslaggevend is derhalve het gebruik dat van de aangekochte zaak is te maken. Dit criterium is verschillend van de veiligheidsnorm waarnaar de Richtlijn verwijst.

De zaak, voorwerp van een verkoop, kan onder omstandigheden geschikt zijn voor het gebruik waarvoor zij is bestemd, maar niettemin niet voldoen aan de veiligheid die derden gerechtigd zijn van die zaak te verwachten. Het gebruik waartoe de zaak is bestemd, wordt in het kader van de artt. 1641 e.v. B.W. immers in functie van de contractuele rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper bepaald, terwijl de veiligheidsnorm ook ten aanzien van derden («het grote publiek») geldt.

Omgekeerd is het mogelijk dat een zaak een functioneel verborgen gebrek vertoont, rekening houdend met het gebruik dat de koper ervan wenst te maken, maar dat die zaak voldoet aan de veiligheid die men gerechtigd is ervan te verwachten⁴⁷.

Uit de vaststelling dat een zaak een verborgen gebrek vertoont is aldus niet zonder meer af te leiden dat zij door

⁴⁴ Zie infra nrs. 11-13; bv. een produkt dat gebrekkig is geworden door slijtage als gevolg van een normaal gebruik. Zo'n produkt is niet gevaarlijk in de zin van de Richtlijn (zie VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 62; VAN WASSENDAER VAN CATWIJCK, o.c., 49).

⁴⁵ SIMONT, L., DE GAVRE, J. en FORIERS, P.A., «Examen», R.C.J.B., 1985, 149-152, nr. 37bis; SIMONT, L. en DE GAVRE, J., «Examen», R.C.J.B., 1976, 410, nr. 45; SIMONT, L., «La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?», in *Hommage à René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1987, 331 e.v.; FORIERS, P.A., «Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence, 1970-1984», T.B.H., 1987, 40-44.

⁴⁶ O.m. Cass., 18 november 1971, Arr. Cass., 1972, 274, Pas., 1972, I, 258; Cass., 19 juni 1980, Arr. Cass., 1980, 1314, Pas., 1980, I, 1295.

⁴⁷ Bv. omdat door de koper een bijzonder gebruik werd beoogd, dat vreemd is aan de rechtmatige verwachtingen inzake veiligheid van derden.

een gebrek aan veiligheid is behept, zoals evenmin uit de vaststelling dat zij door geen verborgen gebrek is aangetast kan worden afgeleid dat zij aan de beoogde veiligheidsnorm voldoet.

Het gebrek van de zaak (art. 1384, eerste lid, B.W.), het functioneel verborgen gebrek (art. 1641 B.W.) en het gebrek aan veiligheid van een produkt (art. 6 Richtlijn) zijn dan ook zorgvuldig te onderscheiden⁴⁸.

Om dit onderscheid in het licht te stellen is bij voorkeur te spreken van een aansprakelijkheid voor *gevaarlijke produkten* wanneer naar de Richtlijn wordt verwezen, te meer daar — zoals besproken — de ontstentenis van veiligheid die men gerechtigd is van een produkt te verwachten, impliciet doch zeker, op het bestaan van een gevaar wijst⁴⁹.

12. Opdat een produkt — in de zin van de Richtlijn — gevaarlijk zou zijn, moet het een gebrek aan veiligheid vertonen.

Daartoe moet de rechter de veiligheid bepalen die men — wat ruimer is dan het slachtoffer alleen — alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtigd was van het litigieus produkt te verwachten. Is die veiligheidsnorm eenmaal bepaald, die met uitsluiting van het gedrag van de producent, enkel op het produkt slaat, dan moet hij onderzoeken of het litigieus produkt aan die veiligheidsnorm beantwoordde.

In tegenstelling tot Taschners opvatting⁵⁰, is het gebrek aan veiligheid geen eenvoudig begrip te noemen en is te verwachten dat zich, ondanks de verduidelijkingen die de Richtlijn biedt, zeer uiteenlopende rechtspraak zal ontwikkelen⁵¹.

Het eventueel gebrek aan veiligheid van het produkt lijkt aan de hand van twee criteria te beoordelen: enerzijds de veiligheid die men gerechtigd is van het litigieus produkt te verwachten en, anderzijds, de concrete omstandigheden waarin het produkt in het verkeer is gebracht.

12. De veiligheid die *men gerechtigd is* van het litigieus produkt te verwachten.

Door de veiligheid op onpersoonlijke wijze («men») te bepalen, hebben de ontwerpers van de Richtlijn ongetwijfeld te kennen gegeven dat de opvattingen van de producent m.b.t. de veiligheidsnorm niet doorslaggevend zijn. Het baat de producent derhalve niet aan te tonen dat het produkt strookt met de door hem bepaalde veiligheidsnormen⁵²: dit sluit niet uit dat zijn produkt, in de zin van de Richtlijn, een gebrek aan veiligheid kan vertonen.

Ook de veiligheid die een welbepaald gebruiker of een welbepaalde derde van een produkt, waarvan zij het slacht-

offer zijn geworden, kunnen verwachten, is niet doorslaggevend⁵³. Dit blijkt uit de verwijzing naar de veiligheid die «*men gerechtigd is te verwachten*». Er bestaan m.a.w. niet «gerechtvaardigde» veiligheidsverwachtingen.

Omgekeerd wordt de in aanmerking te nemen veiligheidsnorm niet door de persoonlijke kennis van de onveiligheid van het produkt door het slachtoffer. Het slachtoffer kan echter wel m.b.t. het produkt een fout plegen, zodat artikel 8.2 Richtlijn toepasselijk wordt.

Het is waarschijnlijk dat de Belgische jurist om de veiligheidsverwachtingen te bepalen, waarop *men is gerechtigd*, een beroep zal doen op het criterium van de «normaal voorzichtige en redelijke mens» (gebruiker, medecontractant of derde)⁵⁴.

Om het gebrek aan veiligheid te beoordelen is derhalve een «abstract» criterium te gebruiken; de persoonlijke veiligheidsverwachtingen van producent of slachtoffer zijn, in beginsel, niet doorslaggevend, hoewel zij in aanmerking kunnen worden genomen.

Uiteindelijk komt het de rechter toe, om aan de hand van de door hem nader te bepalen veiligheidsverwachtingen van een normaal voorzichtig en redelijk mens, de veiligheid te bepalen waaraan het produkt had te voldoen. Onder omstandigheden kan dit tot gevolg hebben dat het slachtoffer geen gebrek aan veiligheid bewijst omdat een normaal voorzichtig en redelijk mens, gelet op de precedentes, de errond gevoerde publiciteit ..., zou hebben geweten dat het litigieus produkt de — door het slachtoffer — verwachte veiligheid niet kon bieden.

13. Rekening is verder te houden met de concrete omstandigheden waarin het produkt in het verkeer is gebracht.

De veiligheidsverwachtingen die een normaal voorzichtig en redelijk mens ten aanzien van een produkt kan koesteren, veranderen in functie van de feitelijke omstandigheden die zich rondom het produkt voordeden en van het ogenblik waarop de schade zich voordeed. Terecht hebben de ontwerpers van de Richtlijn hiermee rekening gehouden: om de veiligheidsverwachtingen te bepalen waarop men is gerechtigd, moeten *alle — feitelijke — omstandigheden* in aanmerking worden genomen.

Bij wijze van voorbeeld⁵⁵ wordt verwezen naar — de presentatie van het produkt, die van die aard kan zijn dat zij de veiligheidsverwachtingen beïnvloedt. Dit kan o.m. het gevolg zijn van de informatie of de waarschuwingen die zich op het produkt of op zijn verpakking bevinden of integraal ontbreken⁵⁶.

⁴⁸ Dat verwarring niet denkbeeldig is, blijkt uit de doctrine die artikel 6 Richtlijn «restrictiever» acht dan de aansprakelijkheid van de verkoper wegens een functioneel verborgen gebrek: o.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 30, nrs. 45 en 47; FALLON, M., o.c., *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11245 — 4 verso tot 11245 — 5, nrs. 20-21; zie ook VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 56-57.

⁴⁹ Zie ook in die zin TASCHNER, H.C., o.c., 66, nr. 3.

⁵⁰ TASCHNER, H.C., o.c., 65-67.

⁵¹ Zie ook FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 11-12, nr. 23. Hierbij is te bedenken dat niet alle desbetreffende betwistingen noodzakelijk aan het oordeel van het Hof van Justitie zullen worden onderworpen.

⁵² Overigens sluiten de veiligheidsnormen van de producent evenmin de toepasselijkheid van de artikelen 1382-1383 B.W. uit.

⁵³ O.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 31, nr. 48; TASCHNER, H.L., o.c., 67, nr. 4; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 57.

⁵⁴ Dit heeft niets te maken met een eventuele fout van het slachtoffer, die maar ter sprake kan komen wanneer een gebrek aan veiligheid bestaat, terwijl «ongerechtvaardigde» veiligheidsverwachtingen precies tot gevolg hebben dat tot geen gebrek aan veiligheid is te besluiten.

⁵⁵ In de Nederlandse tekst wordt «met name» verwezen, wat als beperkende opsomming kan worden geïnterpreteerd. Dit strookt niet met de bedoeling van de opstellers van de Richtlijn, die slechts een paar voorbeelden wensten te geven (VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 59).

⁵⁶ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 32, nr. 52; FALLON, M., o.c., *R.G.A.R.*, 1987, nrs. 11245 - 6 e.v.; FALLON, M.,

In functie van de feitelijke omstandigheden waarin de informatie wordt verstrekt of de waarschuwingen worden gegeven, kunnen de veiligheidsverwachtingen van een normaal voorzichtig en redelijk mens m.b.t. dit produkt worden beïnvloed⁵⁷.

— het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het produkt: de ontwerpers van de Richtlijn wensten te vermijden dat aan een produkt een gebrek aan veiligheid zou worden verweten wanneer de schade het gevolg van een «onredelijk misbruik» van het produkt was⁵⁸.

Door te verwijzen naar «de veiligheid die men gerechtigd is te verwachten», werd reeds aan die bekommernis tegemoetgekomen, aangezien de veiligheidsverwachtingen van een normaal voorzichtig en redelijk mens, in beginsel, geen betrekking kunnen hebben op het onredelijk misbruik van het produkt⁵⁹.

Zij werd echter nogmaals herhaald als een feitelijke in aanmerking te nemen omstandigheid.

Enigszins overbodig, is nochtans niet te betwisten dat elk produkt met het oog op een welbepaald gebruik tot stand komt, zodat het redelijkerwijs van het produkt te verwachten gebruik⁶⁰ een feitelijke omstandigheid is waarmee de normaal voorzichtige en redelijke mens in zijn veiligheidsverwachtingen⁶¹ rekening houdt.

— het tijdstip waarop het produkt in het verkeer is gebracht. Voorgesteld als een element ter beoordeling van de veiligheidsnorm waaraan een produkt moet voldoen, wordt een basisbeginsel van de Richtlijn uitgedrukt. Het gebrek aan veiligheid is te beoordelen op het ogenblik dat het produkt in het verkeer is gebracht: de aansprakelijkheid van de producent is in functie van dat ogenblik te bepalen. Dit wordt door de artikelen 6.2, 7, d, en 11 van de Richtlijn bevestigd.

Noch latere ontwikkelingen van wetenschap of techniek waardoor een hogere veiligheid wordt verkregen, noch

latere omstandigheden die de toestand van het produkt beïnvloeden (bv. slijtage door een normaal of abnormaal gebruik, een ongeval ...) maar niet met een oorspronkelijk gebrek aan veiligheid in verband zijn te brengen, kunnen bij de bepaling van de te verwachten veiligheid in aanmerking komen⁶².

Er wordt aldus aangenomen dat een normaal voorzichtig en redelijk mens zijn veiligheidsverwachtingen bepaalt in functie van de stand van de wetenschap of techniek en van de toestand van het produkt op het ogenblik dat het in het verkeer is gebracht. Het is dan ook te betreuren dat in de Richtlijn onduidelijk blijft wanneer een produkt in het verkeer is gebracht⁶³. Wellicht is het produkt in het verkeer gebracht wanneer dit produkt in omloop is gebracht, wat is gebeurd wanneer anderen ermee in aanraking kunnen komen: vanaf dat ogenblik zijn medecontractanten en derden op de door de Richtlijn beoogde bescherming gerechtigd⁶⁴.

Aangezien de opsomming van feitelijke omstandigheden waarmee rekening is te houden slechts enuntiatief is, kan de rechter nog met andere elementen rekening houden (o.m. de publiciteit, de prijs, de intensiteit van het gevaar, de mogelijke alternatieve produkten ...).

a.4. Het gevaarlijk produkt moet schade berokkenen

14. Opmerkelijk is dat niet iedere schade die door het gevaarlijk produkt wordt veroorzaakt, volgens de Richtlijn, voor vergoeding in aanmerking komt. Dit houdt in dat de aansprakelijkheidsregels van de Richtlijn «Schutznormen» zijn: zij bieden slechts een bescherming tegen welbepaalde soorten schade⁶⁵.

In artikel 9 van de Richtlijn is bepaald dat als schade is te beschouwen:

— de schade veroorzaakt door dood of door lichamelijk letsel⁶⁶;

— de beschadiging of vernietiging van een andere zaak dan het gebrekig produkt, met toepassing van een franchise ten belope van 500 Ecu, op voorwaarde dat de zaak gewoonlijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer is gebruikt én door de gelaedeerde hoofdzakelijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer is gebruikt.

o.c., T. Aann., 1987, 266-268; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., *o.c.*, R.W., 1987-88, 10, nr. 20; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., *o.c.*, 60.

⁵⁷ Onder omstandigheden kan een feitenrechter dan ook tot het besluit komen dat, mede gelet op de aangebrachte informatie en/of de waarschuwingen, in concreto geen gebrek aan veiligheid bestaat, omdat een normaal voorzichtig en redelijk mens er rekening mee zou hebben gehouden en het produkt, in die feitelijke omstandigheden, veilig zou zijn gebleken. Dit is geenszins te verwarren met een exoneration van aansprakelijkheid die slechts ter sprake komt mits een gebrek aan veiligheid is bewezen (cf. nochtans FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., *o.c.*, R.W., 1987-88, 10, nr. 20; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., *o.c.*, 61-62).

⁵⁸ Zie considerans 6 in fine van de Richtlijn.

⁵⁹ Een normaal voorzichtig en redelijk mens maakt immers geen onredelijk misbruik van produkten en sluit een dergelijk gedrag dan ook uit zijn veiligheidsverwachtingen.

⁶⁰ Dit laatste is ruimer dan het gebruik dat door de producent is beoogd: zie o.m. Fagnart, J.L., *o.c.*, Cah. Dr. Eur., 1987, 32-33, nr. 53; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., *o.c.*, R.W., 1987-88, 10-11, nr. 21.

⁶¹ Onjuist is het uit het «onredelijk misbruik» van een produkt zonder meer te willen afleiden dat de aansprakelijkheid van de producent niet is in te roepen: het kan nl. gebeuren dat het produkt, afgezien van het «onredelijk misbruik», hoe dan ook, een gebrek aan veiligheid vertoonde.

⁶² O.m. Fagnart, J.L., *o.c.*, Cah. Dr. Eur., 1987, 33-40, nrs. 54-63; FALLON, M., *o.c.*, R.G.A.R., 1987, nr. 11245 - 6 verso en 7, nr. 23; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., *o.c.*, R.W., 1987-88, 11, nr. 22; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., *o.c.*, 62-63.

Dit houdt meteen in dat de aansprakelijkheid van de producent zich niet uitstrekt tot een gebrek aan veiligheid die het gevolg is van zgn. «ontwikkelingsrisico's».

⁶³ FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., *o.c.*, R.W., 1987-88, 11, nr. 22.

⁶⁴ *Contra*: VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, *o.c.*, 68 (ogenblik waarop het produkt voor het eerst in de handen van de eindgebruiker komt).

⁶⁵ M.b.t. «Schutznormen» zie LAWSON, F.H., en MARKESIRIS, B.S., «Tortious liability for unintentional harm in the Common and the Civil law», I, Cambridge, C.U.P., 1982, 123-126.

⁶⁶ Schade als «schade veroorzaakt door dood of door lichamelijk letsel» omschrijven, brengt evenwel geen aarde aan de dijk: het begrip blijft onbepaald.

De Richtlijn laat wel de nationale bepalingen inzake onstoffelijke schade onverlet.

Hieruit volgt dat, wanneer het gevaarlijk produkt dood of lichamelijk letsel⁶⁷ veroorzaakt, alle schade die volgens het toepasselijk nationaal recht vergoedbaar is, in aanmerking komt. In dat geval bestaan geen beperkingen (aantasting van de fysieke integriteit, inkomstenschade, post-lucratieve schade, morele schade, allerhande behandelings- en herstellingskosten ... ongeacht of die schade door het slachtoffer van het gevaarlijk produkt of, bij weerskaatsing, door een derde is geleden). Een voorbehoud is echter te maken m.b.t. serieschade (artikel 16 van de Richtlijn), waarvoor de lid-staten de totale schadevergoeding tot ten minste 70 miljoen Ecu kunnen beperken⁶⁸.

Wanneer het gevaarlijk produkt geen schade aan een menselijk lichaam toebrengt, wordt het recht op schadevergoeding zeer beperkt. Zaakschade en/of materiële schade komen niet voor vergoeding in aanmerking *tenzij* het gevaarlijk produkt een andere⁶⁹ zaak heeft beschadigd of vernietigd⁷⁰ op voorwaarde dat die zaak niet alleen gewoonlijk maar ook door de gelaedeerde hoofdzakelijk voor gebruik of verbruik in de privé-sfeer is aangewend.

Alleen de schade, ontstaan door de vernietiging of de beschadiging, is voor vergoeding vatbaar. Het verbaast niet dat die beperking op kritiek stuit: het zal immers moeilijk te bepalen zijn wanneer een zaak gewoonlijk *en* door de gelaedeerde hoofdzakelijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer is aangewend, maar bovendien is onduidelijk waarom bedrijfsgoederen werden uitgesloten⁷¹. Moet uit die beperking worden afgeleid dat vennootschappen, waarvan de privé-sfeer, zo ze al bestaat, dan toch zeer beperkt is, geen vergoeding voor zaakschade kunnen krijgen?

Bovendien is bij de vergoeding van zaakschade rekening te houden met een franchise van 500 Ecu⁷², die gelet op o.m. de Franse en de Duitse tekst van de Richtlijn, van het bedrag van de totale zaakschade is af te trekken en hoe dan ook door het slachtoffer zelf is te dragen⁷³.

Winstderving, desorganisatie van een onderneming of van een activiteit ... komen daarentegen niet voor vergoeding in aanmerking⁷⁴.

Dit alles is des te opmerkelijker nu uit de Richtlijn blijkt dat wanneer de aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn ver-

enigd, door het nationaal recht wordt bepaald of de berokkende morele schade vergoedbaar is⁷⁵.

Als gevolg daarvan kan de morele schade worden vergoed die eventueel opduikt bij de beschadiging of vernietiging van een zaak, gewoonlijk en door de gelaedeerde ook hoofdzakelijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer aangewend, maar blijven de schade die aan bedrijfsgoederen door een gevaarlijk produkt wordt veroorzaakt en de economische verliezen buiten het beschermingsbereik van de Richtlijn. Tot de vergoeding van die soorten schade moet op het gemene recht een beroep worden gedaan.

Niet enkel de schade die vergoedbaar is, maar ook het schadeherstel is, volgens de Richtlijn, aan beperkingen onderworpen.

Hierbij is te denken aan de verjarings⁷⁶ en de vervaltermijnen⁷⁷, die werden bepaald.

Voor het overige zijn de beperkingen inzake het schadeherstel te vinden in de franchise m.b.t. zaakschade (artikel 9 Richtlijn) en in de aan de lid-staten geboden mogelijkheid om bij serieschade het totaal bedrag van de schade tot minimaal 70 miljoen Ecu te beperken (artikel 16 Richtlijn)⁷⁸.

a.5. Er moet een causaal verband tussen het gevaarlijk produkt en de schade bestaan

15. Overeenkomstig artikel 4 van de Richtlijn is een causaal verband vereist, maar de inhoud ervan is door de Richtlijn niet bepaald.

Het causaal verband is dan ook te beoordelen in functie van de causaliteitsopvattingen die in het nationaal recht toepasselijk zijn⁷⁹.

De opstellers hebben wel aandacht geschonken aan de eventuele meervoudigheid van oorzaken.

In artikel 8 van de Richtlijn is n.l. bepaald dat, onverminderd de bepalingen van het nationaal recht inzake regres, de aansprakelijkheid van de producent niet wordt vermin-

⁷⁵ Art. 9 in fine verwijst naar onstoffelijke schade, maar het staat vast dat aldus enkel naar morele, met uitsluiting van economische of commerciële schade (die *stoffelijk* is), werd verwezen: zie o.m. Fagnart, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 16-17, nrs. 25-27; Taschner, H.C., o.c., 137-138, nr. 20; cf. Fallon, M., o.c., *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11245 - 4 verso, nr. 10.

Art. 9 in fine is m.b.t. de morele schade, die bij overlijden of lichamelijk letsel kan opduiken, overbodig aangezien dienaangaande alle schade, dus inclusief morele schade, in aanmerking komt.

⁷⁶ Art. 10 Richtlijn: *drie jaar* vanaf de dag waarop de eiser kennis kreeg, dan wel had moeten krijgen van de schade, het gebrek en de identiteit van de producent, evenwel onder voorbehoud van de schorsing of de stuiting van de verjaringsstermijn overeenkomstig de bepalingen van het nationaal recht.

⁷⁷ Art. 11 Richtlijn: verval van het recht op schadevergoeding krachtens de Richtlijn na verloop van *tien jaar* vanaf de dag waarop het produkt door de «producent» in het verkeer is gebracht, tenzij intussen een gerechtelijke procedure tegen die producent is ingesteld.

⁷⁸ Met serieschade wordt bedoeld «de schade ten gevolge van dood of lichamelijk letsel, veroorzaakt door *identieke* artikelen die *hetzelfde* gebrek vertonen». Het zal niet steeds eenvoudig zijn de identiteit van artikel en gebrek te beoordelen (zie art. 16 Richtlijn; die mogelijkheid tot plafonnering wordt na 10 jaar herzien).

⁷⁹ Zie ook Fagnart, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 40-41, nr. 65.

⁶⁷ Begrippen die door het nationaal recht zijn te bepalen.

⁶⁸ Waarbij uiteraard de vraag rijst hoe dit bedrag, in concreto, onder de slachtoffers moet worden verdeeld, te meer daar niet alle ongevallen zich op hetzelfde ogenblik zullen voordoen.

⁶⁹ Dit is geenszins vereist voor de toepassing van art. 1384, eerste lid, B.W.

⁷⁰ Roerende of onroerende zaken.

⁷¹ Fagnart, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 15-16, nrs. 22-24; Faure, M. en Vanbuggenhout, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 12, nr. 25; Van Schoubroeck, C., Verhoeven, F., Wastiau, M. en Laes, E., o.c., 66-67.

⁷² De ECU wordt bepaald in artikel 18 Richtlijn.

⁷³ Zie Fagnart, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 16, nr. 24; Taschner, H.L., o.c., 136, nr. 16; cf. Fallon, M., o.c., *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11245 - 4, nr. 9; Faure, M. en Vanbuggenhout, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 12-13, nr. 26; Van Schoubroeck, C., Verhoeven, F., Wastiau, M. en Laes, E., o.c., 67 d; Van Wassenjaer van Catwijck, o.c., 58.

⁷⁴ Fagnart, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 17, nr. 26.

derd wanneer de schade wordt veroorzaakt zowel door een gebrek in het produkt als door toedoen van een derde (art. 8.1 van de Richtlijn).

In artikel 8.2 is integendeel bepaald dat de aansprakelijkheid van de producent kan worden verminderd of opgeheven, rekening houdend met alle omstandigheden, wanneer de schade is veroorzaakt zowel door een gebrek in het produkt als door schuld van het slachtoffer of van een persoon waarvoor het slachtoffer aansprakelijk is.

Het eerste geval van meervoudigheid van oorzaken (gevaarlijk produkt en *toedoen* van een derde) geeft, althans in het Belgisch recht, tot geen moeilijkheden aanleiding. Met toepassing van de in België geldende equivalentietheorie⁸⁰, kan de aansprakelijke, in wiens persoon alle toepassingsvoorwaarden van een aansprakelijkheidsregel zijn verenigd, zich jegens het slachtoffer noch geheel, noch gedeeltelijk bevrijden, door het bewijs te leveren dat de schade ook met andere feiten of gebeurtenissen een causaal verband vertoont. Op voorwaarde dat een aansprakelijkheidsregel hem dit toestaat, kan hij enkel op de derde een verhaal uitoefenen, na het slachtoffer te hebben vergoed.

De tweede hypothese (gevaarlijk produkt en *fout* van het slachtoffer) zorgt voor een nieuwigheid. In het Belgisch recht wordt aangenomen dat de fout van het slachtoffer in causaal verband met de schade een verdeling, en dus een vermindering van de aansprakelijkheid rechtvaardigt⁸¹. Het is evenwel strijdig met de equivalentietheorie de «producent», in wiens persoon alle toepassingsvoorwaarden van de Richtlijn zijn verenigd, van aansprakelijkheid te ontheffen omdat ook het slachtoffer een fout in causaal verband met zijn schade pleegde⁸². Op dit punt wijkt de Richtlijn af van het gemene aansprakelijkheidsrecht.

Bij artikel 8.2 van de Richtlijn horen verder de volgende bedenkingen:

— het toedoen van het slachtoffer, dat niet foutief is, rechtvaardigt noch een vermindering, noch een ontheffing van de aansprakelijkheid van de producent, ook al vertoont het een causaal verband met de schade⁸³;

— de inhoud die toekomt aan het begrip «fout van het slachtoffer» is door het toepasselijk nationaal recht te bepalen⁸⁴;

— om te bepalen of de aansprakelijkheid van de producent wegens de fout van het slachtoffer moet worden verminderd, dan wel opgeheven, is met *alle* omstandigheden rekening te houden: de zwaarte van de fout, de aard van de schade, de verzekeringsdekking ... kunnen in aanmerking komen;

— het slachtoffer staat, zoals in het Belgisch recht⁸⁵, ook voor de fouten in van de personen waarvoor hij aansprakelijk is;

— aangezien de Europese wetgever uitdrukkelijk heeft verwezen naar de aansprakelijkheid van het slachtoffer voor andermans daad, doch zijn mogelijke aansprakelijkheid voor zaken (zie o.m. de artikelen 1384, 1385 en 1386 B.W.; de bijzondere desbetreffende wetten) buiten beschouwing liet, is aan te nemen dat de producent door de aansprakelijkheid van het slachtoffer voor zaken noch geheel, noch gedeeltelijk wordt bevrijd. Hij wijkt aldus af van de equivalentietheorie.

B. Het tegenbewijs van de aansprakelijkheid

16. Het slachtoffer moet, volgens artikel 4 van de Richtlijn, de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade bewijzen.

Hierbij rijst de vraag of het slachtoffer ook moet aantonen dat de aangesprokene de hoedanigheid van «producent» bezit, dan wel of die aangesprokene zelf dient te bewijzen dat hij geen producent is. Hoe vreemd dit ook mogen klinken, lijkt uit artikel 4 van de Richtlijn af te leiden dat de tweede interpretatie is te verkiezen.

De wijze waarop het bewijs is te leveren wordt door het toepasselijk nationaal recht bepaald⁸⁶: volgens het Belgisch recht kan het bewijs van rechtsfeiten in beginsel door alle bewijsmiddelen, getuigen en feitelijke vermoedens inclusief, worden geleverd.

De producent kan, zo lijkt de Richtlijn aan te geven, aan de aansprakelijkheid ontsnappen, ook al zijn de toepassingsvoorwaarden bewezen, wanneer hij het in artikel 7 van de Richtlijn omschreven tegenbewijs levert.

b.1. De producent kan aantonen dat hij het produkt niet in het verkeer heeft gebracht (artikel 7, a, van de Richtlijn)

17. Het in het verkeer brengen van een produkt is door de ontwerpers van de Richtlijn niet nader bepaald omdat werd geoordeeld dat het begrip voor zichzelf sprak⁸⁷.

Meningsverschillen zijn intussen opgedoken: wordt een produkt in het verkeer gebracht wanneer het door de producent aan een ander wordt afgegeven⁸⁸, wanneer het in handen van de eindgebruiker is gekomen⁸⁹, wanneer de producent de controle over het produkt heeft verloren⁹⁰, wanneer het in de handel wordt gebracht⁹¹ ...?

⁸⁰ Zie ter zake o.m. VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., GEELLEN, K. en DE COSTER, St., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, 1979-1984», *T.P.R.*, 1987, 1522, nr. 163.

⁸¹ VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., e.a., «Overzicht», *T.P.R.*, 1987, 1543, nr. 180.

⁸² Zie o.m. VANDENBERGHE, H., HAMELINK, P., VAN QUICKENBORNE, M., «Overzicht», *T.P.R.*, 1980, 1407, nr. 212.

⁸³ O.m. de voorbeschiktheid van het slachtoffer: FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 42-43, nr. 71.

⁸⁴ In het Belgisch recht is dit wel degelijk de «culpa levissima» van het slachtoffer. Cf. VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 94.

⁸⁵ *Contra*: FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 43-44, nr. 72.

⁸⁶ FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *P.W.*, 1987-88, 13-14, nr. 27; TASCHNER, H.C., o.c., 61, nr. 4.

⁸⁷ Zie TASCHNER, H.C., o.c., 99, nr. 7.

⁸⁸ O.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 45, nr. 74; VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 72.

⁸⁹ VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, o.c., 71-72.

⁹⁰ Zie FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 45, nr. 74; TASCHNER, H.C., o.c., 99, nr. 7.

⁹¹ Zie FALLON, M., o.c., *T. Aann.*, 1981, 264, nr. 10; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, H., o.c., *R.W.*, 1987-88, 34, nr. 29; cf. ook KRÖGER, H., o.c., *Ann. Dr. Liège*, 1987, 305 («un produit a

Blijkbaar moet het in het verkeer brengen van een produkt worden gelijkgesteld met het feitelijk in omloop brengen van het produkt, waardoor derden dus met het produkt in aanraking kunnen komen.

Een overhandiging, al dan niet aan een eindgebruiker of het verlies van controle over de zaak zijn dan ook niet dienend, evenmin als het in de handel brengen. Voldoende is vast te stellen dat de producent in feite de mogelijkheid in het leven heeft geroepen dat anderen met het produkt in aanraking komen, om het besluit te rechtvaardigen dat het produkt in het verkeer is gebracht.

Alleen die ruime benadering maakt het overigens mogelijk de moeilijkheden te overbruggen waarmee andere zienswijzen af te rekenen hebben. Met toepassing hiervan is het produkt in het verkeer gebracht wanneer het aan de werknemers van de producent wordt toevertrouwd of in hun omgeving is geplaatst, wanneer het wordt vervoerd, wanneer het wordt getest, mits derden (die geen producent zijn), hierbij betrokken kunnen raken...

Hieruit volgt dat «het in het verkeer brengen van een produkt» een relatief begrip is. Het kan nl. gebeuren dat een produkt ten aanzien van één welbepaald rechtssubject (bv. een werknemer) in het verkeer is gebracht, maar dat dit besluit niet t.a.v. een ander rechtssubject geldt (bv. een dief of een persoon die zich zonder toelating op andermans goed bevindt).

Om op de thans besproken bevrijdingsgrond een beroep te kunnen doen moet de aangesprokene vanzelfsprekend de hoedanigheid van producent hebben, anders is hij op grond van de Richtlijn niet aansprakelijk.

Hij moet het litigieus produkt (grondstof, onderdeel of eindprodukt) hebben vervaardigd, zich als producent hebben aangediend door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het produkt te hebben aangebracht, het produkt in de Gemeenschap hebben ingevoerd om het te verkopen, te verhuren, te leasen of anderszins te verstrekken in het kader van zijn commerciële activiteiten of er de leverancier van zijn die niet binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent of de bevoorradere heeft meegedeeld.

Met die verschillende categorieën «producenten» is bij de beoordeling van het besproken tegenbewijs rekening te houden.

Dan wordt ook duidelijk dat op dit tegenbewijs niet alleen een beroep is te doen in het vrij uitzonderlijk geval dat een dief het produkt in het verkeer brengt⁹².

Uit de Richtlijn blijkt dat een produkt verschillende keren in het verkeer kan worden gebracht (nl. door het rechtssubject dat het produkt heeft vervaardigd, dat zijn naam, merk of ander onderscheidingsteken op het produkt heeft aangebracht, dat het heeft ingevoerd en ten slotte dat het produkt heeft geleverd).

Ten aanzien van elke producent is te bepalen of hij het produkt waardoor schade is veroorzaakt, in het verkeer heeft gebracht.

Wanneer de aangesprokene aannemelijk kan maken dat hij het litigieus produkt niet vervaardigde, niet invoerde of niet leverde, bewijst hij dat hij geen «producent» is, m.a.w. dat een toepassingsvoorwaarde van de Richtlijn ontbreekt.

Een dergelijk bewijs is geen «tegenbewijs van de aansprakelijkheid» in de eigenlijke zin van het woord: er wordt nl. aangetoond dat niet alle aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn verenigd.

Door artikel 7, a, wordt echter, impliciet doch zeker, bevestigd dat het niet aan het slachtoffer toekomt te bewijzen dat de aangesprokene als producent in aanmerking komt, maar dat de aangesprokene moet bewijzen dat hij die hoedanigheid niet bezit⁹³.

Wanneer evenwel als producent wordt aangesproken hij die zich als producent heeft aangediend door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het produkt aan te brengen, komt aan artikel 7, a, een bijzondere betekenis toe.

Het kan nl. gebeuren dat de naam, het merk of een ander onderscheidingsteken op een produkt door een ander dan de houder van die naam, dat merk of ander onderscheidingsteken is aangebracht.

Wanneer hij aantoonde het litigieus produkt niet in het verkeer te hebben gebracht, wordt een werkelijk tegenbewijs van aansprakelijkheid geleverd (nl. de daad van een derde).

b.2. De producent bewijst dat het, gelet op de omstandigheden, aannemelijk is dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt, niet bestond op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer heeft gebracht dan wel dat dit gebrek later is ontstaan (artikel 7, b, van de Richtlijn)

18. Die «bevrijdingsgrond» wekt verbazing. Uit het reeds besproken artikel 6 van de Richtlijn blijkt immers dat een produkt slechts gebrekkig is wanneer het niet de veiligheid biedt die men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtigd is te verwachten, o.m. het tijdstip waarop het produkt in het verkeer is gebracht.

Hieruit volgt dat een produkt slechts «gevaarlijk» in de zin van de Richtlijn is wanneer het gebrek aan veiligheid bestaat op het ogenblik dat het produkt in het verkeer is gebracht⁹⁴.

Wanneer het gebrek aan veiligheid derhalve niet bestond op het ogenblik dat het produkt in het verkeer werd gebracht⁹⁵, is het besluit onvermijdelijk dat het slachtoffer er, op grond van artikel 4 van de Richtlijn, niet in is geslaagd het bewijs van een «gebrek» te leveren, zodat de toepassingsvoorwaarden van de Richtlijn niet zijn vervuld.

Onder die omstandigheden is het dan ook overbodig dat de producent zou trachten «aannemelijk» te maken dat het «gebrek», dat de schade heeft veroorzaakt (?), niet bestond op het ogenblik dat het produkt in het verkeer is

⁹³ Zie supra nrs. 3-6 m.b.t. het begrip «producent».

⁹⁴ Zie supra nr. 13.

⁹⁵ Wat noodzakelijk inhoudt dat het *later* moet zijn ontstaan, wanneer naderhand tot een gebrek aan veiligheid kan worden besloten. In dat opzicht is in artikel 7, b, een — overbodige — herhaling te lezen (zie FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 46, nr. 76, a).

été mis en circulation lorsqu'il a physiquement quitté les locaux du producteur avec le consentement de celui-ci en vue d'être remis à une autre personne»); BOURGUIGNON, Th., o.c., *J.T.*, 1987, 361, nr. 16, f, iii.

⁹² FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 45, nr. 75.

gebracht, aangezien het gebrek aan veiligheid dat volgens de Richtlijn tot aansprakelijkheid kan leiden, noodzakelijk moet bestaan op het ogenblik dat het produkt door de aangesproken producent in het verkeer is gebracht en bovendien door het slachtoffer is te bewijzen⁹⁶.

Blijkbaar hebben de ontwerpers van de Richtlijn uit het oog verloren dat, aangezien het tijdstip waarop het produkt in het verkeer is gebracht, mede bepalend is om uit te maken of het produkt, gelet op de *alsdan* gerechtvaardigde veiligheidsverwachtingen, een gebrek aan veiligheid vertoont, dit *gebrek aan veiligheid* moet bestaan op het ogenblik dat het produkt in het verkeer is gebracht. Aangezien artikel 4 het bewijs van het gebrek aan het slachtoffer oplegt, is artikel 7, b, een overbodige bepaling en, in elk geval, niet als een bevrijdingsgrond in aanmerking te nemen.

b.3. De producent toont aan dat het produkt noch voor de verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel van de producent (sic) is vervaardigd, noch is vervaardigd of verspreid in het kader van de uitoefening van zijn beroep (artikel 7, c, van de Richtlijn)

19. Hoewel de draagwijdte ervan beperkt blijft, wordt aldus een werkelijke bevrijdingsgrond aan de producent geboden.

Zelfs wanneer het slachtoffer aantoont dat schade werd geleden, dat het litigieus produkt een gebrek aan veiligheid vertoont dat reeds bestond op het ogenblik dat het produkt in het verkeer is gebracht en dat tussen de schade en het gebrek aan veiligheid een causaal verband bestaat, kan de aangesprokene zich aan aansprakelijkheid onttrekken door het bewijs te leveren dat het produkt niet is vervaardigd voor de verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel van de producent *en* noch is vervaardigd, noch is verspreid in het kader van de uitoefening van zijn beroep.

Hieruit wordt afgeleid dat fabricage of distributie voor privé-doeleinden niet onder het toepassingsgebied van de Richtlijn valt⁹⁷.

Beide voorwaarden moeten echter cumulatief aanwezig zijn opdat de aangesprokene zich kan bevrijden.

Een onderscheid is immers te maken tussen de eerste voorwaarde, die elke *producent*⁹⁸ toestaat zich op de bedoeling te beroepen van de persoon die het litigieus produkt heeft *vervaardigd* en de tweede voorwaarde, die inhoudt dat de vervaardiging of verspreiding van het produkt door

de aangesprokene niet mag gebeuren in het kader van de uitoefening van zijn beroep⁹⁹.

b.4. De producent bewijst dat het gebrek een gevolg is van het feit dat het produkt in overeenstemming is met dwingende overheidsvoorschriften (artikel 7, d, van de Richtlijn)

20. Dit lijkt een bevrijdingsgrond: hoewel alle aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn verenigd, ontsnapt de aangesproken producent aan de verplichting tot vergoeding door aan te tonen dat het gebrek aan veiligheid — op het moment van in het verkeer brengen van het produkt — zijn oorsprong in dwingende overheidsvoorschriften vindt.

De wetgever lato sensu bekommert zich meer en meer om de veiligheid van produkten: het aantal wetten in de materiële betekenis waardoor veiligheids-, kwaliteits- en standaardisatienormen m.b.t. produkten worden bepaald en opgelegd, neemt toe.

In de mate dat zij gebiedend of verbiedend zijn¹⁰⁰, laten zij de producent geen keus. Hij moet de gebiedende en verbiedende wetsvoorschriften naleven.

Wanneer de producent die wettelijke verplichtingen nakomt, kan het produkt dat hij in het verkeer brengt, geen gebrek in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W. vertonen, aangezien het aan het wettelijk model beantwoordt, wat elke abnormale gesteldheid of elk abnormaal kenmerk uitsluit¹⁰¹.

De overeenstemming met het wettelijk model sluit echter niet uit dat het produkt een verborgen gebrek¹⁰² vertoont of met een gebrek aan veiligheid is behept¹⁰³.

De ontwerpers van de Richtlijn hebben hiermee rekening gehouden: wanneer het gebrek aan veiligheid van het produkt een gevolg is van de dwingende (nl. gebiedende en/of verbiedende) wetsbepalingen die de producent, zoals het hoorde, heeft nageleefd, is tot geen aansprakelijkheid te besluiten.

Het gedrag van de producent (de naleving van de wetsbepalingen) wordt gerechtvaardigd¹⁰⁴ door het bevel van de overheid, waaraan gevolg is te geven.

Hieruit is evenwel niet af te leiden dat het voldoende is dat het produkt met de dwingende overheidsvoorschriften strookt, opdat de producent aan zijn aansprakelijkheid kan ontsnappen.

Niet het al dan niet stroken met de dwingende overheidsvoorschriften is bevrijdend, doch wel de vaststelling dat het

⁹⁶ De meeste auteurs zien hierin een omkering van de bewijslast: zie FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 46, nr. 76, b; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 34, nr. 30; TASCHNER, H.C., o.c., 102, nr. 13; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 74-75.

Hoe dit met art. 4 van de Richtlijn in overeenstemming is te brengen, wordt echter niet toegelicht.

⁹⁷ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 47, nr. 77; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 34, nr. 31; TASCHNER, H.C., o.c., 104-105; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 76.

⁹⁸ Niet alleen hij die het produkt heeft vervaardigd, maar ook hij die er zijn naam, merk of ander onderscheidingsteken heeft op aangebracht, de invoerder en de leverancier (zie art. 3 Richtlijn).

⁹⁹ Cf. TASCHNER, H.C., o.c., 105-106, nrs. 20-21.

¹⁰⁰ Nl. van openbare orde, m.b.t. de goede zeden of imperatief, maar in elk geval niet aanvullend.

¹⁰¹ Zie o.m. CORNELIS, L., *Zaken*, 87, nr. 98.

¹⁰² Zie de artt. 1641 e.v. B.W.: de betekenis en draagwijdte van het verborgen gebrek is nl. afhankelijk van het gebruik dat de partijen van de verkochte zaak wensen te maken (zie FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 47-48, nr. 78).

¹⁰³ Nl. en o.m. wanneer de wetsvoorschriften ontoereikend blijken om aan de gerechtvaardigde veiligheidsverwachtingen tegemoet te komen.

¹⁰⁴ Cf. VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 78-79, geven — ten onrechte — een andere interpretatie aan het begrip «dwingend».

gebrek aan veiligheid het gevolg is van het in aanmerking nemen van dwingende overheidsvoorschriften¹⁰⁵.

Hierbij rijst echter de vraag of de veiligheidsverwachtingen die men t.a.v. een produkt mag koesteren niet met de gebiedende- en verbiedende wetsbepalingen rekening moeten houden en erdoor worden beperkt, zodat het gevaar dat een produkt vertoont, ofschoon het aan de toepasselijke gebiedende- en verbiedende wetsbepalingen beantwoordt, niet als een gebrek aan veiligheid in aanmerking kan komen.

Wordt artikel 7, d, van de Richtlijn aldus geïnterpreteerd, dan bevat die bepaling geen bevrijdingsgrond maar een omschrijving van een toestand waarin een produkt geen gebrek aan veiligheid vertoont, zodat een toepassingsvoorwaarde van de aansprakelijkheid ontbreekt.

In de rechtsleer is de vraag besproken of overheidsvoorschriften met strakke of glijdende verwijzing naar normen die door normalisatie- en andere instellingen worden bepaald, volgens de Richtlijn in aanmerking zijn te nemen¹⁰⁶.

Met de strakke verwijzing wordt de wet bedoeld die naar *welbepaalde* normen verwijst, die echter niet in een wet tekst zijn opgenomen. Bij een glijdende verwijzing verwijst de wetgever naar de normen die door een normalisatieinstelling zijn of zullen worden uitgevaardigd. De wetgeving glijdt dan met de ontwikkeling der normen mee¹⁰⁷.

Aangezien de producent zich hoe dan ook aan een wetsovertreding schuldig maakt, wanneer hij hetzij de normen waarnaar in een wet wordt verwezen (strakke verwijzing), hetzij de normen die worden bepaald door een instelling waarnaar de wetgever verwijst (glijdende verwijzing) mist, is het besluit onvermijdelijk dat die voorschriften, wanneer zij gebiedend of verbiedend zijn, de producent, onder omstandigheden, van zijn aansprakelijkheid kunnen bevrijden.

b.5. De producent bewijst dat het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken (artikel 7, e, van de Richtlijn)

21. Van deze bevrijdingsgrond kan elke lid-staat afwijken (artikel 15, 1, b). De aansprakelijkheid van de producent kan dus worden gehandhaafd, ook wanneer is aan te tonen dat het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop het produkt in het verkeer is gebracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken.

Artikel 7, e, wordt over het algemeen aangeduid als de bepaling van de Richtlijn die op het *ontwikkelingsrisico* betrekking heeft¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Zie ook VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 77.

¹⁰⁶ O.m. FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., R.W., 1987-88, 35, nr. 32; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 77-78.

¹⁰⁷ Zie COUSY, H., «Les normes techniques et doctrine et en jurisprudence», in *Le droit des normes techniques et professionnelles*, Brussel, Bruylant, 1985, 395.

¹⁰⁸ O.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. dr. Eur.*, 1987, 34-40, nrs. 55-64; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., R.W., 1987-

In werkelijkheid wordt slechts een aspect van het «ontwikkelingsrisico» behandeld, nl. het gebrek aan veiligheid van een produkt dat op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis onmogelijk kon worden ontdekt op het ogenblik dat de producent het produkt in het verkeer bracht¹⁰⁹.

Tot het ontwikkelingsrisico behoort verder de mogelijkheid dat naderhand produkten op de markt komen, die het mogelijk maken hetzelfde resultaat te bekomen, doch een grotere veiligheid bieden. Ten aanzien van die nieuwe produkten blijft het oude produkt onder de veiligheidsverwachtingen. Dit aspect van het ontwikkelingsrisico¹¹⁰ wordt door de Richtlijn buiten beschouwing gelaten¹¹¹.

De aangesproken producent kan zich, hoewel alle toepassingsvoorwaarden zijn verenigd, aan de eruit volgende aansprakelijkheid onttrekken door te bewijzen dat, op het tijdstip dat het produkt in het verkeer werd gebracht¹¹², het bestaan van het gebrek aan veiligheid onmogelijk kon worden ontdekt.

Die onmogelijkheid is te beoordelen aan de hand van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis, op het tijdstip waarop het produkt door de aangesproken producent in het verkeer is gebracht.

In de rechtsleer is onderstreept dat niet de wetenschappelijke en technische kennis van de producent doorslaggevend is, maar dat in het algemeen met de wetenschappelijke en technische kennis, inbegrepen de minderheidsopvattingen, rekening is te houden¹¹³.

Die zienswijze is bij te vallen, doch te verduidelijken is dat artikel 7, e, van de Richtlijn eigenlijk naar de *onoverkomelijke dwaling* als rechtvaardigingsgrond¹¹⁴ verwijst.

De aangesproken producent heeft immers een verkeerde voorstelling van de veiligheid van zijn produkt, op het ogenblik dat hij het in het verkeer brengt: hij dwaalt. Die dwaling sluit aansprakelijkheid slechts uit mits zij onoverkomelijk is, m.a.w. er moet zijn vast te stellen dat een normaal voorzichtig en redelijk producent, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, op dezelfde manier zou hebben gehandeld en derhalve dezelfde verkeerde voorstelling van de werkelijkheid zou hebben gehad. De stand van de wetenschappelijke en technische kennis moet aldus vanuit het oogpunt van de normaal voorzichtige en redelijke

88, 36-39, nrs. 34 e.v.; TASCHNER, H.C., o.c., 112-119; WAL-SCHOT, F., «Het ontwikkelingsrisico in artikel 7 (e) van de E.E.G.-richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid», in *Produktenaansprakelijkheid, veiligheid en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 1987, 177 e.v. M.b.t. het ontwikkelingsrisico in het algemeen HUET, J., «Le paradoxe des médicaments et les risques de développement», D., 1987, Chr., 73-77.

¹⁰⁹ Die onmogelijkheid kan het gevolg zijn zowel van de wetenschappelijke en technische kennis m.b.t. het produkt zelf, als van de wetenschappelijke en technische kennis m.b.t. de op de veiligheid van het produkt uit te oefenen controle...

¹¹⁰ Dat niet noodzakelijk is te herleiden tot de stand van de wetenschappelijke en technische kennis.

¹¹¹ Zie supra nr. 10.

¹¹² Zie supra nr. 13.

¹¹³ Zie o.m. FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., R.W., 1987-88, 36-37, nrs. 35-37.

¹¹⁴ Zie o.m. Cass., 13 mei 1987, R.W., 1987-88, 675; Cass., 23 januari 1984, Arr. Cass., 1984, 598, Pas., 1984, I, 560.

producent worden beoordeeld. Onder omstandigheden kan dit ertoe leiden dat de rechter beslist dat minderheidsopvattingen in aanmerking hadden moeten komen, maar dit is geenszins onontbeerlijk.

Vermoedelijk zullen de hoven en rechtbanken, wanneer zij met artikel 7, e, van de Richtlijn worden geconfronteerd, op deskundigen een beroep doen om een inzicht te krijgen in de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip dat het litigieus produkt door de aangesproken producent in het verkeer is gebracht.

22. Zoals bekend kan de beroepsverkoper het vermoeden van kennis van het «verborgen gebrek» slechts weerleggen door er de absoluut onnaspeurlijke aard van aan te tonen¹¹⁵.

Dit begrip verwijst eveneens naar de rechtvaardigingsgrond «onoverkomelijke dwaling», die ook het bestaan van de contractuele fout uitsluit¹¹⁶.

Auteurs benadrukken dat de hoven en rechtbanken bij de beoordeling van dit tegenbewijs geneigd zijn de onoverkomelijke onwetendheid in concreto te beoordelen¹¹⁷. Dit hoeft geen verbazing te wekken: jegens de koper is de beroepsverkoper door een contractuele verbintenis verbonden die in beginsel met de algemene zorgvuldigheidsnormen niets heeft te maken. De inhoud en draagwijdte van die contractuele verbintenis wordt mede bepaald, rechtstreeks of onrechtstreeks, door de wetenschappelijke en technische kennis van de verkoper, waarmee ook door de koper rekening wordt gehouden. Aangezien het verborgen gebrek vnl. in functie wordt bepaald van het gebruik waartoe het voorwerp van de overeenkomst wordt bestemd, is de wetenschappelijke en technische kennis van de verkoper bij de beoordeling van het verborgen gebrek dan ook dienend.

Het contractueel evenwicht komt, onder die omstandigheden, in het gedrang, wanneer de rechtvaardigingsgrond van de «onoverkomelijke dwaling» (de onoverkomelijke onwetendheid; de absoluut onnaspeurlijke aard van het gebrek) louter in abstracto wordt bepaald. De «concretisering» doet zich evenwel niet voor t.a.v. het criterium waardoor de onoverkomelijke dwaling wordt bepaald, doch wel t.a.v. de — contractuele — verbintenis waartoe de verkoper m.b.t. verborgen gebreken jegens de koper is gehouden.

Bij de toepassing van artikel 1384, eerste lid, B.W. is de onoverkomelijke dwaling van de bewaarder nopens het bestaan van het gebrek integendeel niet bevrijdend¹¹⁸.

Artikel 7, e, van de Richtlijn ligt aldus tussen de contractuele aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken en artikel 1384, eerste lid, B.W. Naargelang het gekozen uitgangspunt kan de door de Richtlijn beoogde aansprakelijkheid

— onder voorbehoud van de, door elke lid-staat te nemen beslissing (artikel 15, 1, b) — dus strenger dan wel soepeler dan het geldend Belgische recht worden geacht¹¹⁹.

23. Fagnart¹²⁰ oefent terecht kritiek op artikel 7, e, van de Richtlijn. Uitgaande van de vraag of een rechtssubject, overeenkomstig artikel 6.1 van de Richtlijn¹²¹, gerechtigd kan zijn van een produkt een veiligheid te verwachten die op grond van de wetenschappelijke en technische kennis, op het ogenblik van het in het verkeer brengen van het produkt, niet kon worden geboden, komt hij tot het besluit dat het slachtoffer slechts een gebrek aan veiligheid kan bewijzen wanneer het aantoonst dat, gelet op de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop het produkt in het verkeer werd gebracht, dit gebrek aan veiligheid kon worden ontdekt.

Aangezien het slachtoffer het gebrek aan veiligheid moet bewijzen en de, op het ogenblik van het in het verkeer brengen van het produkt verworven wetenschappelijke en technische kennis, daartoe een van de omstandigheden is, waarmee rekening is te houden, is artikel 7, e, van de Richtlijn een overbodige bepaling¹²².

Kan het slachtoffer niet aantonen dat het, op grond van de wetenschappelijke en technische kennis bij het in het verkeer brengen van het produkt mogelijk was een gebrek aan veiligheid te ontdekken, dan blijft het in gebreke te bewijzen *gerechtigd* te zijn die veiligheid van het produkt te mogen verwachten. De aangesproken producent heeft dan geen tegenbewijs te leveren.

Het lijkt er dan ook op dat de artikelen 6.1 en 7, e, van de Richtlijn meestal samen zullen worden behandeld, waarbij de vraag rijst wie uiteindelijk de bewijslast draagt. Gelet op artikel 4 van de Richtlijn is het besluit onvermijdelijk dat het slachtoffer daarvoor instaat. Artikel 7, e, en de controverse over de vraag of die bepaling in de Belgische wet moet worden gehandhaafd, lijken dan ook een maat voor niets te zijn¹²³.

Voor zoveel nodig, is te herhalen dat diezelfde kritiek op artikel 7, d, van de Richtlijn is uit te oefenen: kan het slachtoffer immers aanvoeren dat het gerechtigd is een grotere veiligheid van een produkt te verwachten dan de door de naleving van dwingende overheidsvoorschriften geboden veiligheid?

b.6. De producent van een onderdeel toont aan, dat het gebrek is te wijten aan het ontwerp van het produkt waarvan het onderdeel een bestanddeel vormt, dan wel aan de instructies die door de fabrikant van het produkt zijn verstrekt (artikel 7, f, van de Richtlijn)

24. Deze bevrijdingsgrond doet eveneens vragen rijzen.

¹¹⁹ O.m. FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 39, nr. 41.

¹²⁰ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 39, nrs. 62-64; zie ook WALSCHOT, F., o.c., 181-185.

¹²¹ Zie supra nrs. 11-13.

¹²² Die redenering is ook m.b.t. artikel 7, b, van de Richtlijn verdedigd: zie supra nr. 18.

¹²³ Ook wanneer de zgn. bevrijdingsgrond van artikel 7, e, Richtlijn wordt weggelaten zal het slachtoffer, met toepassing van artikel 6.1 Richtlijn, op de wetenschappelijke en technische kennis verworven bij het in het verkeer brengen van het produkt, blijven stuiten.

¹¹⁵ Zie o.m. Cass., 6 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 915, *Pas.*, 1977, I, 907; zie ook COUSY, H., *Problemen van produktaansprakelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1978, 249-251.

¹¹⁶ Bevrijding wegens onoverkomelijke dwaling is overigens een algemeen rechtsbeginsel: zie SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», in *Liber amicorum J. Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 54.

¹¹⁷ Zie FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 37, nr. 37.

¹¹⁸ Zie o.m. Cass., 12 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 683, *Pas.*, 1975, I, 652; Cass., 21 maart 1979, *R.W.*, 1978-79, 2537.

Het gebrek aan veiligheid moet vanzelfsprekend ten aanzien van elk produkt afzonderlijk worden beoordeeld en het staat aan het slachtoffer dit bewijs te leveren.

Wanneer een eindprodukt of een produkt in verwerking een gebrek aan veiligheid vertoont door zijn ontwerp of de instructies die door de fabrikant zijn verstrekt en het slachtoffer niet kan aantonen dat de grondstoffen of de onderdelen, die zijn gebruikt, een gebrek aan veiligheid vertonen, kan de producent van die grondstoffen of onderdelen niet worden verontrust. Bij ontstentenis van het bewijs door het slachtoffer van een gebrek aan veiligheid, hoeft hij ook op het tegenbewijs van artikel 7, f, van de Richtlijn geen beroep te doen.

Artikel 7, f, van de Richtlijn is in die zin dan ook overbodig¹²⁴.

Artikel 7, f, van de Richtlijn is nog voor een tweede interpretatie vatbaar, nl. wanneer wordt aangenomen dat een grondstof of een onderdeel, die (dat) geen gebrek aan veiligheid vertoont, door het ontwerp van het eindprodukt (of halffabrikaat ...) of door de instructies die de fabrikant verstrekt, een dergelijk gebrek aan veiligheid wel zou beginnen vertonen.

Het is moeilijk in te zien onder welke voorwaarden die hypothese zich kan voordoen.

Auteurs menen dat het probleem kan rijzen wanneer de producent van een onderdeel of van een grondstof geen kennis heeft van de bestemming die de producent van een eindprodukt eraan wil geven¹²⁵.

Die zienswijze is niet overtuigend: niet alleen is het gebrek aan veiligheid o.m. te beoordelen aan de hand van het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het onderdeel of het produkt (artikel 6.1, b, Richtlijn), dit gebrek aan veiligheid moet tevens bestaan op het ogenblik dat het onderdeel of de grondstof door hun producent in het verkeer is gebracht (artikelen 6.1, c, en 7, b, van de Richtlijn).

Hoe kunnen, onder die omstandigheden, het ontwerp van het eindprodukt (of halffabrikaat) of de instructies van de fabrikant die zich voordoen nadat het onderdeel en de grondstof in het verkeer zijn gebracht, tot een gebrek aan veiligheid van die produkten leiden?

Ook volgens de tweede interpretatie lijkt artikel 7, b, van de Richtlijn een dode letter te blijven.

Wanneer wordt aangenomen dat artikel 7, f, een eigen betekenis toekomt — wat niet wordt geloofd — is er ook geen reden die bevrijdingsgrond enkel op onderdelen, met uitsluiting van grondstoffen toepasselijk te verklaren, zoals de tekst ervan laat vermoeden¹²⁶. Een reden om een dergelijk onderscheid te rechtvaardigen lijkt niet te bestaan¹²⁷.

C. De grondslag van de aansprakelijkheid

25. De commentatoren van de Richtlijn zijn van oordeel dat de beoogde aansprakelijkheid een objectieve aansprakelijkheid¹²⁸, een aansprakelijkheid van rechtswege¹²⁹, een risico-aansprakelijkheid¹³⁰, een aansprakelijkheid buiten schuld¹³¹... is.

Afgezien van de verschillen die tussen die opvattingen bestaan, is te betwijfelen of de Richtlijn op dit punt¹³² wel zo eenvoudig is.

Artikel 1 van de Richtlijn is ogenschijnlijk klaar en duidelijk: de producent is aansprakelijk voor de schade, veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt. Hieruit is af te leiden dat het al dan niet foutief gedrag van de producent, bij de beoordeling van zijn aansprakelijkheid volgens de Richtlijn, in beginsel, niet dienend is.

De Richtlijn treft niet het *gedrag* van de producent¹³³, maar wel de hoedanigheid van een persoon (nl. die van producent) op voorwaarde dat ook de overige toepassingsvoorwaarden van de aansprakelijkheid zijn vervuld.

Er is echter niet alleen met artikel 1, maar ook met de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn rekening te houden wanneer de grondslag van de aansprakelijkheid wordt bepaald.

Zoals is onderstreept, geeft de aan artikel 7 toekomende draagwijdte tot betwistingen aanleiding.

Hoewel Taschner de indruk wekt uiteindelijk in artikel 7 van de Richtlijn een omkering van de door artikel 4 bepaalde bewijslastverdeling te lezen¹³⁴, lijkt die zienswijze niet met de Richtlijn te stroken.

De aangesproken producent moet, volgens artikel 7, slechts denken aan een tegenbewijs om aan de aansprakelijkheid te ontsnappen. Die aansprakelijkheid bestaat pas dan wanneer het slachtoffer, met toepassing van artikel 4, de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade heeft bewezen.

Wordt die interpretatie gevolgd, dan blijft van artikel 7 van de Richtlijn weinig over:

¹²⁸ O.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 9, nr. 12; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 5, nr. 9; TASCHNER, H.C., o.c., 27, nr. 1 («Gefährdungshaftung»); VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 34.

¹²⁹ O.m. FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 9, nr. 12 («responsabilité de plein droit»).

¹³⁰ Zie de tweede overweging van de Richtlijn; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 5, nr. 9; VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, o.c., 24.

¹³¹ Zie ook de tweede overweging van de Richtlijn: BOURGUIGNON, T., o.c., *J.T.*, 1987, 360, nr. 11, a; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 5, nr. 9.

¹³² Eenvoud is overigens in de Richtlijn niet terug te vinden: de toepassingsvoorwaarden zijn zeer complex (de «producent», het gebrek aan veiligheid, de vergoedbare schade, het herstel van de schade, de pluraliteit van producenten ...).

¹³³ COUSY, H., «De E.E.G.-Richtlijn inzake produktaansprakelijkheid. Algemene situering», in *Produktaansprakelijkheid, veiligheid en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 1987, 18, nr. A 1.

¹³⁴ TASCHNER, H.C., o.c., 97, nr. 3: dit zou erop neerkomen dat het slachtoffer in sommige welbepaalde gevallen, het gebrek aan veiligheid niet dient te bewijzen.

¹²⁴ FAGNART, J.L., o.c., *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 48, nr. 79; zie ook FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 36, nr. 33; VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 83-85.

¹²⁵ FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., *R.W.*, 1987-88, 36, nr. 33; VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 84-85.

¹²⁶ *Contra*: VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, o.c., 27-28.

¹²⁷ Zie ook TASCHNER, H.C., o.c., 125, nr. 62; KRÖGER, H., o.c., *Ann. Dr. Liège*, 1987, 305.

— de hypothese *a* strekt ertoe de aangesprokene toe te staan aan te tonen dat hij, m.b.t. het litigieus produkt, niet de hoedanigheid van «producent» bezit¹³⁵;

— de hypothesen *b*, *d*, *e* en *f* komen erop neer dat het produkt, op het ogenblik dat het door de aangesproken producent in het verkeer is gebracht, geen gebrek aan veiligheid vertoonde, zodat één der toepassingsvoorwaarden, door het slachtoffer te bewijzen, eigenlijk ontbreekt¹³⁶;

— de hypothese *c* komt aldus als enige werkelijke bevrijdingsgrond in aanmerking: alle toepassingsvoorwaarden van de aansprakelijkheid zijn verenigd, maar de aangesproken producent ontsnapt niettemin aan aansprakelijkheid door een specifiek tegenbewijs te leveren, waardoor het bestaan van de toepassingsvoorwaarden niet wordt uitgesloten¹³⁷.

Uit het voorgaande blijkt dat de belangrijke «bevrijdingsgronden» in de beoordeling van het gebrek aan veiligheid van een produkt hun eigenlijke plaats vinden.

Veel belang is hieraan echter niet te hechten wanneer naar de grondslag van de aansprakelijkheid wordt gezocht, aangezien de door de ontwerpers van de Richtlijn ter bevrijding in aanmerking genomen omstandigheden nog steeds een rol spelen: bij ontstentenis van een, door het slachtoffer te bewijzen, gebrek aan veiligheid van het produkt, is de producent niet aansprakelijk te stellen.

Vanuit het oogpunt van de bewijslastverdeling komt aan die vaststelling des te meer belang toe: het risico dat het geleverde bewijs niet is te leveren — dat iedere bewijslastverdeling in het leven roept — rust, in strijd met de door artikel 7 verwerkte indruk, niet op de producent, doch wel op het slachtoffer.

Onder die omstandigheden zorgt de ogenschijnlijk zeer belangrijke vraag¹³⁸ of de «bevrijdingsgronden» in artikel 7 op beperkende wijze werden opgesomd en waarop uiteenlopende antwoorden zijn gegeven¹³⁹, niet voor al te veel moeilijkheden.

Aangezien het debat naar artikel 6 wordt verschoven en die bepaling toestaat «alle omstandigheden in aanmerking te nemen», is aan te nemen dat artikel 7 de aangesproken producent niet kan beletten andere rechtvaardigingsgronden dan de in artikel 7 opgesomde in te roepen wanneer zij het bestaan van een gebrek aan veiligheid van zijn produkt uitsluiten.

Dit is als volgt toe te lichten.

26. Volgens de artikelen 4 en 6 van de Richtlijn, moet het slachtoffer aantonen dat het produkt een gebrek aan veiligheid vertoont, m.a.w. niet de veiligheid biedt die men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtigd is te verwachten.

Bij wijze van voorbeeld worden in artikel 6 enige feitelijke omstandigheden opgesomd (de presentatie van het

produkt, het redelijkerwijs te verwachten gebruik en het tijdstip waarop het in het verkeer is gebracht) die toelaten de «gerechtvaardigde» veiligheidsverwachtingen een concrete inhoud te geven.

Uit die verduidelijking vloeit voort dat het gebrek aan veiligheid (de tekortkoming aan de «gerechtvaardigde» veiligheidsverwachtingen) is te beoordelen op het ogenblik dat het litigieus produkt door de aangesproken producent in het verkeer is gebracht, waardoor de «bevrijdingsgrond» van de artikelen 7, b en f, meteen elke concrete betekenis verliezen¹⁴⁰.

In de artikelen 7, d of e, worden andere feitelijke omstandigheden aangeduid waardoor de beoordeling van de inhoud en draagwijdte van de «gerechtvaardigde» veiligheidsverwachtingen wordt beïnvloed.

Aan te nemen is nl. dat het slachtoffer t.a.v. een produkt niet gerechtigd is veiligheidsverwachtingen te koesteren die, op het ogenblik dat het door de aangesproken producent in het verkeer wordt gebracht, niet met dwingende overheidsvoorschriften verenigbaar zijn of de alsdan verworven wetenschappelijke en technische kennis overtreffen.

Dit heeft tot gevolg dat het slachtoffer, onder die omstandigheden, geen gebrek aan veiligheid kan bewijzen.

Wanneer dit besluit vanuit het oogpunt van de aangesproken producent wordt geanalyseerd, blijkt dat de dwingende overheidsvoorschriften te zijnen aanzien een bevel van de wet of van de overheid waren en dat de verworven wetenschappelijke en technische kennis bij hem tot een onoverkomelijke dwaling aanleiding gaf¹⁴¹.

De ontstentenis van een gebrek aan veiligheid van een produkt gaat aldus, onder omstandigheden, bij de aangesproken producent, met een rechtvaardigingsgrond gepaard.

Kan hieruit worden afgeleid dat elke rechtvaardigingsgrond¹⁴² het bestaan van een gebrek aan veiligheid uitsluit?

Een genuanceerd antwoord is onontbeerlijk, waarbij niet de rechtvaardigingsgrond, maar het al dan niet bestaan van een gebrek aan veiligheid bepalend is.

Geenszins is uit te sluiten dat de rechter, gelet op de feitelijke omstandigheden die de rechtsverhouding tussen het slachtoffer en de aangesproken producent kenmerken, tot het besluit komt dat het slachtoffer, gelet op de, door de producent ingeroepen noodtoestand, wettige zelfverdediging, dwang ..., geen gebrek aan veiligheid kan bewijzen. Daartoe is vereist dat de door het slachtoffer aangevoerde veiligheidsverwachtingen de veiligheid overtreffen die men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, inclusief die welke het bestaan van een rechtvaardigingsgrond tot gevolg hadden, gerechtigd was te verwachten.

Met de persoonlijke kennis van de rechtvaardigingsgrond door het slachtoffer is daarbij geen rekening te houden,

¹³⁵ Zie supra nr. 17.

¹³⁶ Zie supra nrs. 18, 20, 21 en 22.

¹³⁷ Zie supra nr. 19.

¹³⁸ Het pleit evenwel niet voor de Richtlijn dat de tekst ervan nog een dergelijke vraag toelaat.

¹³⁹ *Beperkend*: TASCHNER, H.C., o.c., 97, nr. 1; VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, o.c., 18; FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., (o.c., R.W., 1987-88, 5, nr. 10 en vnl. noot 38) lijken hiervan niet overtuigd.

¹⁴⁰ Zie supra nrs. 18 en 22.

¹⁴¹ M.b.t. de rechtvaardigingsgrond: VAN OMMESLAGHE, P. en CORNELIS, L., «Les faits justificatifs dans le droit belge de la responsabilité aquilienne», in *In memoriam Jean Limpens*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 265-287.

¹⁴² Dus niet alleen het bevel van de overheid of van de wet en de onoverkomelijke dwaling, maar elke gebeurtenis die onoverkomelijk, onvoorzienbaar en vreemd is aan de vrije wil van de aangesprokene.

aangezien niet de door het slachtoffer te verwachten veiligheid doch wel de veiligheid die *men* gerechtigd is te verlangen, doorslaggevend is¹⁴³.

Op dezelfde wijze kan ook de ontoerekeningsvatbaarheid van de aangesproken producent, onder omstandigheden, een beoordelingselement van de te verwachten veiligheid van het produkt vormen¹⁴⁴.

De rechtvaardigingsgronden en de ontstentenis van toerekeningsvatbaarheid zullen een dergelijk besluit evenwel niet altijd rechtvaardigen.

Aangezien het bestaan van een rechtvaardigingsgrond en de afwezigheid van toerekeningsvatbaarheid uitsluiten dat de aangesproken producent een persoonlijke fout is te verwijten¹⁴⁵, blijkt uit het voorgaande dat, via de omweg van het «gebrek aan veiligheid», het bewijs van de ontstentenis van fout door de aangesproken producent bij de aansprakelijkheidsbeoordeling, onder omstandigheden, van doorslaggevend belang kan zijn.

27. Mocht blijken dat de rechter om het gebrek aan veiligheid te beoordelen, bovendien rekening houdt met de vraag of de aangesproken producent al dan niet de op hem rustende algemene zorgvuldigheidsnormen heeft nageleefd, ervan uitgaande dat zij de veiligheid bepalen die men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtigd is van een produkt te verwachten¹⁴⁶, dan verschrompelt de zgn. «objectieve aansprakelijkheid» tot een achter het begrip «gebrek aan veiligheid» schuilgehouden foutaansprakelijkheid^{146a}.

Aangezien aan de rechter een grote beoordelingsvrijheid wordt gelaten om de, in aanmerking te nemen relevante omstandigheden te bepalen en op grond daarvan de veiligheid te definiëren die *men* gerechtigd is te verwachten, lijkt het voorbarig om de door de Richtlijn beoogde aansprakelijkheid voor gevaarlijke produkten zonder meer tot de objectieve aansprakelijkheden te rekenen.

Daar objectieve aansprakelijkheden niet wijken voor verweermiddelen die op het gedrag van de aangesprokene betrekking hebben (o.m. het bestaan van een rechtvaardigingsgrond; de ontstentenis van toerekeningsvatbaarheid waardoor de fout wordt uitgesloten) en uit de artikelen 7, d en e, blijkt dat twee rechtvaardigingsgronden (bevel van de overheid of van de wet; onoverkomelijke dwaling gestoeld op de verworven wetenschappelijke en technische

kennis) het gebrek aan veiligheid en derhalve de aansprakelijkheid, bij ontstentenis van een toepassingsvoorwaarde, uitsluiten, strookt die zienswijze reeds thans niet helemaal met de Richtlijn¹⁴⁷.

De aansprakelijkheid die door de Richtlijn is beoogd, is zeer complex.

Hoewel het slachtoffer het bewijs van het gebrek moet leveren¹⁴⁸, zal de aangesproken producent zich van meet af aan niet onbetuigd laten en de rechter proberen te overtuigen dat het litigieus produkt beantwoordt aan de veiligheid die men, alle omstandigheden in acht genomen, gerechtigd was te verwachten.

Daartoe zal hij, in voorkomend geval, ongetwijfeld een beroep doen op de rechtvaardigingsgronden, op de ontstentenis van toerekeningsvatbaarheid, op de nageleefde algemene zorgvuldigheidsnormen ... die de beoordeling van de veiligheidsverwachtingen, waarop *men* aanspraak kan maken, kunnen beïnvloeden.

Worden die omstandigheden door de rechter niet in aanmerking genomen om het gebrek aan veiligheid te beoordelen, dan is van een objectieve aansprakelijkheid van de aangesproken producent te spreken.

Komt de rechter integendeel tot het besluit dat die omstandigheden duidelijk maken dat het litigieus produkt geen gebrek aan veiligheid vertoont, dan is slechts sprake van een foutaansprakelijkheid of van een vermoeden van aansprakelijkheid.

D. Het toepassingsgebied van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke produkten

d.1. Algemeen

28. Uit artikel 13 van de Richtlijn blijkt dat zij de rechten van het slachtoffer, gestoeld op het nationaal contractueel of buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht of op een, op het ogenblik van de kennisgeving van de Richtlijn bestaande speciale aansprakelijkheidsregeling voor produkten, onverlet laat.

Dit betekent dat de door de Richtlijn beoogde aansprakelijkheid zich bij de bestaande aansprakelijkheidsregels voegt¹⁴⁹.

Ook tussen contractanten en tussen contractanten en de uitvoeringsagenten van hun medecontractanten kan op die nieuwe aansprakelijkheid een beroep worden gedaan wanneer de toepassingsvoorwaarden zijn verenigd¹⁵⁰.

Ten aanzien van de Richtlijn zijn de Belgische rechtsre-

¹⁴³ Zie supra nr. 11.

¹⁴⁴ Bv. wanneer, gelet op precedents, op de berichtgeving in de media ..., het slachtoffer had moeten weten dat het litigieus produkt door een ontoerekeningsvatbaar producent werd vervaardigd en, bij veronderstelling, om die reden een verminderde of geen veiligheid bood.

¹⁴⁵ De fout houdt immers in dat de aangesprokene toerekeningsvatbaar was en dat hij zich op geen rechtvaardigingsgrond kan beroepen.

¹⁴⁶ In die zin wijst overigens het feit dat met de, door de producent bepaalde presentatie van het produkt is rekening te houden. Auteurs hebben terecht opgemerkt dat aldus naar de foutaansprakelijkheid van de producent wordt overgehield (o.m. FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., *o.c.*, *R.W.*, 1987-88, 10, nr. 20; *contra*: FAGNART, V.L., *o.c.*, *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 32, nr. 52).

^{146a} Zie trouwens FALLON, M., *o.c.*, *T. Aann.*, 1987, 277, nr. 37: die auteur spreekt van «une responsabilité stricte», die o.m. bij het foutbegrip aansluit.

¹⁴⁷ Zoals vermeld, vertoont het, om de grondslag van een aansprakelijkheid te bepalen, geen belang of de bevrijdingsgrond van de aansprakelijkheidsvoorwaarden wordt onderscheiden of bij de beoordeling van de aansprakelijkheidsvoorwaarden in aanmerking komt.

¹⁴⁸ Wat inhoudt dat de vordering ongegrond is te verklaren wanneer dienaangaande twijfel blijft bestaan.

¹⁴⁹ FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., *o.c.*, *R.W.*, 1987-88, 42-43, nr. 53; TASCHNER, H.C., *o.c.*, 147-151; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., *o.c.*, 106.

¹⁵⁰ FAGNART, J.L., *o.c.*, *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 9, nr. 11; VAN SCHOU BROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., *o.c.*, 34.

gels inzake de samenloop en het samenbestaan van de aansprakelijkheden dan ook niet meer dienend.

Hieruit is wellicht af te leiden dat de aansprakelijkheid volgens de Richtlijn *buitencontractueel* is, aangezien de inhoud ervan niet wordt beïnvloed door het contractueel evenwicht dat partijen in hun overeenkomst hebben bereikt.

Het toepassingsgebied van de aansprakelijkheid volgens de Richtlijn wordt uiteraard door de besproken toepassingsvoorwaarden bepaald. Gelet op hun specifiek karakter («producent», «produkt», «gebrek aan veiligheid» «schade», «meervoudigheid van de oorzaken» ...), zal het enige tijd vergen alvorens een oordeel over het nut van de nieuwe aansprakelijkheid kan worden gevormd.

Intussen is te onderstrepen dat aansprakelijkheid volgens de Richtlijn, althans in beginsel, *autonoom* bestaat ten aanzien van de aansprakelijkheidsvorderingen die elke lid-staat contractueel of buitencontractueel ter beschikking van het slachtoffer stelt.

Het slachtoffer kan dus een keuze maken of meerdere vorderingen tegelijk instellen (bv. ook de vordering wegens verborgen gebreken, die gestoeld op de artikelen 1382-1383 e.v. van het B.W., ...).

Blijkt dat het slachtoffer een rechtsgrond heeft gekozen waarvan de toepassingsvoorwaarden niet zijn te bewijzen, dan kan, zonder op de exceptie van het gewijsde te stuiten, eventueel op een andere rechtsgrond een beroep worden gedaan, op voorwaarde dat de toepassingsvoorwaarden elkaar in feite niet overlappen¹⁵¹.

Overigens zal het gemene recht het slachtoffer, onder omstandigheden, toestaan andere personen aansprakelijk te stellen, een vollediger schadevergoeding te krijgen ...

Niet alleen de specifieke toepassingsvoorwaarden geven aan de Richtlijn een bijzonder toepassingsgebied, daartoe dragen ook de reeds besproken verjarings- en vervalltermijnen (artikelen 10 en 11 van de Richtlijn)¹⁵² bij, alsmede het verbod de aansprakelijkheid van de producent uit hoofde van de Richtlijn ten aanzien van het slachtoffer bij overeenkomst te beperken of uit te sluiten (artikel 13 Richtlijn).

Dit verbod geldt alleen ten aanzien van het slachtoffer, waaruit wordt afgeleid dat producenten, in hun onderlinge verhouding, door middel van exoneratieclausules hun aansprakelijkheid volgens de Richtlijn kunnen beperken of uitsluiten¹⁵³.

Die zienswijze lijkt aan artikel 9 van de Richtlijn voorbij te gaan: de producent die overeenkomstig de Richtlijn aansprakelijk is gesteld en het slachtoffer heeft vergoed, lijdt als gevolg daarvan een *vermogensschade* die, volgens dit artikel 9, niet voor vergoeding vatbaar is. Exoneratieclausules lijken dan ook in de onderlinge verhouding tussen producenten zonder voorwerp te zijn, in zoverre zij op aansprakelijkheid volgens de Richtlijn slaan.

Op voorwaarde dat zij de voorwaarden van het gemene recht eerbiedigen¹⁵⁴ wordt door artikel 13 geenszins uitgesloten dat producenten zowel ten aanzien van slachtoffers als derden op exoneratieclausules een beroep doen om hun contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid volgens de regels van het nationaal recht te beperken of uit te sluiten.

d.2. Ten aanzien van de buitencontractuele aansprakelijkheden

29. Het is de bedoeling bondig de verhouding te bepalen tussen de door de Richtlijn in het leven geroepen aansprakelijkheid voor gevaarlijke producten en de Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsregels:

— *ten aanzien van de artikelen 1382-1383 B.W.*: de aansprakelijkheid wegens gevaarlijke producten en die wegens een persoonlijke fout van de producent kunnen, naar keuze, al dan niet gezamenlijk worden ingeroepen.

Het is mogelijk de producent op grond van de Richtlijn aan te spreken en tegelijk een of meer derden (bv. de gebruiker van het produkt) een persoonlijke fout te verwijten, om hun veroordeling in solidum te verkrijgen.

De aangesproken producent kan ook de persoonlijke fout van het slachtoffer inroepen om een vrijstelling of een verdeling van de aansprakelijkheid te verkrijgen (artikel 8.2 Richtlijn);

— *ten aanzien van artikel 1386bis B.W.*: in beginsel sluit de krankzinnigheid van de producent niet uit dat de aangesprokene de hoedanigheid van «producent» bezit. Zoals is aangetoond¹⁵⁵, kan de krankzinnigheid van de producent, onder omstandigheden, nochtans de beoordeling van het gebrek aan veiligheid beïnvloeden.

Het slachtoffer kan echter al dan niet tegelijkertijd op artikel 1386bis B.W. een beroep doen wanneer de toepassingsvoorwaarden ervan zijn verenigd.

Wanneer de «producent» om geheel of gedeeltelijk van de aansprakelijkheid te worden bevrijd op de fout van het slachtoffer een beroep doet en blijkt dat laatstgenoemde krankzinnig is, dan kan de producent artikel 1386bis B.W., wat het gedrag van het slachtoffer betreft, inroepen;

— *ten aanzien van artikel 1384, tweede lid, B.W.*: de minderjarige kan, onder omstandigheden, «producent» zijn en derhalve overeenkomstig de Richtlijn aansprakelijk zijn, zonder op de artikelen 7, a en c, van de Richtlijn een beroep te kunnen doen.

Aangezien die aansprakelijkheid, in beginsel, niet inhoudt dat de minderjarige zich aan een fout of een objectief onrechtmatige daad schuldig maakte, kunnen zijn ouders niet met toepassing van artikel 1384, tweede lid, B.W. wegens die aansprakelijkheid worden aangesproken. Dit besluit is te temperen wanneer blijkt dat de aansprakelijkheid van de minderjarige «producent» eigenlijk in een persoonlijke fout of objectief onrechtmatige daad steun vindt¹⁵⁶. In dat geval mogen de ouders evenwel het tegenbe-

¹⁵¹ *Contra*: FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., R.W., 1987-88, 43, nr. 53. Thans wordt overigens aangenomen dat een vordering gestoeld op de artikelen 1382-1383 B.W. in beginsel niet uitsluit dat later een op artikel 1384, eerste lid, B.W. gegronde vordering wordt ingeleid.

¹⁵² Zie supra nr. 14.

¹⁵³ FAURE, M. en VANBUGGENHOUT, W., o.c., R.W., 1987-88, 33, nr. 28; VAN SCHOUBROECK, C., VERHOEVEN, F., WASTIAU, M. en LAES, E., o.c., 92.

¹⁵⁴ Zie o.m. KRUTHOF, R., «Contractuele wijzigingen van aansprakelijkheid», T.P.R., 1984, 264-283.

¹⁵⁵ Zie supra nr. 26.

¹⁵⁶ Zie supra nr. 27: dit is afhankelijk van de interpretatie die aan het begrip «gebrek aan veiligheid» wordt gegeven.

wijs trachten te leveren dat hun geen fout in het toezicht op en in de opvoeding van hun minderjarig kind is te verwijten¹⁵⁷.

Wordt de schade tegelijk door een gevaarlijk produkt en door de fout of objectief onrechtmatige daad van een minderjarige veroorzaakt, dan is, wanneer dit wordt gevorderd, tot een aansprakelijkheid in solidum van de producent(en), van de minderjarige (wanneer hij een fout pleegde — artt. 1382 en 1383 B.W.) en van zijn ouders (art. 1384, tweede lid, B.W.) te besluiten, onder voorbehoud van het tegenbewijs door laatstgenoemden¹⁵⁷;

— *ten aanzien van artikel 1384, derde lid, B.W.*: dat de aansteller of meester jegens zijn aangestelden of bedienden de hoedanigheid van «producent» kan bezitten, werd eerder onderstreept¹⁵⁸.

De vraag rijst of de aangestelde of bediende (of de werknemer) de hoedanigheid van «producent» kan bezitten? Gedacht wordt aan de aangestelde, bediende of werknemer die een grondstof, een onderdeel of een eindprodukt vervaardigt, waardoor hetzij aan een medewerknemer, hetzij aan een derde of aan de aansteller, meester of werkgever schade wordt berokkend. De Richtlijn maakt geen onderscheid ngl. de vervaardiging voor eigen dan wel voor ander-mans rekening gebeurt¹⁵⁹.

Gelet op de ruime interpretatie die is te geven aan het in het verkeer brengen van een produkt¹⁶⁰, lijkt het besluit onvermijdelijk dat aangestelden, bedienden of werknemers als «producent» in aanmerking kunnen komen en op artikel 7, a, van de Richtlijn geen beroep kunnen doen.

De bevrijdingsgrond van artikel 7, c, van de Richtlijn zal niet steeds door hen zijn in te roepen: weliswaar zal de aangestelde, de bediende of werknemer kunnen aanvoeren dat het produkt noch voor de verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel van de aangesproken aangestelde, bediende of werknemer is vervaardigd, maar het lijkt onbetwistbaar dat de vervaardiging, onder omstandigheden¹⁶¹, in de uitoefening van het beroep van de aangestelde, bediende of werknemer plaatsvond.

Het valt te betwijfelen of die gevolgen van de Richtlijn t.a.v. artikel 18 van de wet op de arbeidsovereenkomsten en, t.a.v. de arbeidsongevallenwetgeving in aanmerking zijn genomen.

Die wetsbepalingen zijn weliswaar gebiedend, maar aangezien de aansprakelijkheidsregels van de Richtlijn blijkbaar ook van openbare orde (artikel 13 Richtlijn) en bovendien recenter zijn, zou hen de voorkeur zijn te geven (lex posterior derogat legi priori).

Of de aansprakelijkheid van de aangestelde of bediende in de hoedanigheid van producent van een gevaarlijk pro-

dukt, het slachtoffer toestaat tevens artikel 1384, derde lid, van het B.W. jegens de aansteller of meester in te roepen, is niet als dusdanig van de veroordeling van de aangestelde of bediende als producent doch van de feitelijke omstandigheden afhankelijk.

Uit die feiten moet nl. blijken of de toepassingsvoorwaarden van artikel 1384, derde lid, B.W. zijn verenigd, o.m. een persoonlijke fout van de aangestelde of bediende is bewezen¹⁶².

Blijkt de schade tegelijk door een gevaarlijk produkt en door de fout van een aangestelde of bediende in de uitvoering van zijn bediening te zijn veroorzaakt, dan zijn de producent, de aangestelde of bediende en de aansteller of meester eventueel in solidum aansprakelijk;

— *ten aanzien van artikel 1384, vierde lid, B.W.*: hoe-wel uitzonderlijk, is te denken aan gevallen waarin een leerling de hoedanigheid van «producent» verwerft¹⁶³. Meestal zal die leerling op artikel 7, c, een beroep kunnen doen om aan de aansprakelijkheid als producent van een gevaarlijk produkt te ontsnappen. Absoluut zeker is dit evenwel niet: wanneer in feite is vast te stellen dat de leerling het schoolprodukt voor de verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een persoonlijk economisch doel heeft vervaardigd, wordt die mogelijkheid uitgesloten.

Blijkt een leerling, onder omstandigheden, als producent van een gevaarlijk produkt aan te spreken, dan is de onderwijzer met toepassing van artikel 1384, vierde lid, B.W. aan te spreken, wanneer de toepassingsvoorwaarden van die wetsbepaling zijn terug te vinden, meer bepaald een persoonlijke fout of een objectief onrechtmatige daad van de leerling. De loutere aansprakelijkheid van de leerling als producent van een gevaarlijk produkt is dus ontoereikend.

Hoe dan ook kan de onderwijzer de aansprakelijkheid weerleggen door aan te tonen dat het toezicht op de leerling foutloos was;

— *ten aanzien van artikel 1384, eerste lid, B.W.*: een gevaarlijk produkt in de zin van de Richtlijn is niet noodzakelijk een zaak die, overeenkomstig artikel 1384, eerste lid, B.W., door een gebrek is aangetast.

Het criterium is verschillend. Dit belet niet dat een zaak die een gebrek vertoont («een abnormaal kenmerk waardoor de zaak schade kan berokkenen»), onder omstandigheden, een produkt kan zijn dat niet de veiligheid biedt die men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtigd is te verwachten.

In dat geval kan zowel op de aansprakelijkheid volgens de Richtlijn, als op artikel 1384, eerste lid, B.W. een beroep worden gedaan. Op te merken is dat de aansprakelijken meestal niet dezelfde persoon zullen zijn, nl. de producent resp. de bewaarder van het produkt. In voorkomend geval moeten producent en bewaarder jegens het slachtoffer in solidum tot schadevergoeding worden veroordeeld;

— *ten aanzien van artikel 1385 B.W.*: dieren horen thuis onder de in artikel 2 van de Richtlijn omschreven «landbouwgrondstoffen», die uit de toepassing van de Richtlijn

¹⁵⁷ Zie o.m. Cass., 24 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, 154; Cass., 25 januari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 682, *Pas.*, 1985, I, 603.

¹⁵⁸ Zie supra nr. 17.

¹⁵⁹ *Contra*: TASCHNER, H.C., o.c., 48, nr. 1 in fine («Wer unter Anleitung ohne Eigenverantwortung, also in abhängiger Stellung, tatsächlich herstellt, ist nicht 'Hersteller' im Sinne dieser Vorschrift») maar dit is een «petitio principii», zonder aanvoering van rechtvaardiging.

¹⁶⁰ Zie supra nr. 17.

¹⁶¹ Voor een werknemer eerder dan voor een aangestelde, aangezien aanstelling occasioneel kan zijn.

¹⁶² Zie DALCQ, R.O., *Traité*, I, 597, nr. 1882; VANDENBERGHE, H., HAMELINK, P. en VAN QUICKENBORNE, M., «Overzicht», *T.P.R.*, 1980, 1332, nr. 160.

¹⁶³ Bv. de leerling die tijdens een les produkten (eetwaren, machineonderdelen, meubels ...) vervaardigt.

zijn gesloten, tenzij een lid-staat het tegendeel beslist (artikel 15.1, b, Richtlijn)¹⁶⁴.

Enkel wanneer België de Richtlijn tot landbouwgrondstoffen uitbreidt, kan worden gedacht aan een cumulatieve aansprakelijkheid van de «producent» en de bewaarder van het dier, mits de toepassingsvoorwaarden van de Richtlijn resp. artikel 1385 B.W. zijn bewezen¹⁶⁵.

Dikwijls zullen de «producent» en de bewaarder van het dier verschillende personen zijn, die ten aanzien van het slachtoffer in solidum zijn te veroordelen, wanneer dit is gevorderd en alle aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn bewezen;

— *ten aanzien van artikel 1386 B.W.*: hoewel de Richtlijn onder de produkten alleen roerende goederen rangschikt, is het toch niet uitgesloten dat aansprakelijkheid volgens de Richtlijn met de toepassing van artikel 1386, op instortende gebouwen betrekking hebbend, gepaard gaat. De Richtlijn treft immers ook de roerende goederen die een bestanddeel van een onroerend goed zijn geworden (artikel 2 Richtlijn) en aangezien gebouwen uit roerende goederen zijn opgebouwd, is niet uit te sluiten dat een produkt dat een gebrek aan veiligheid vertoont tegelijk zorgt voor de instorting van een gebouw. De producent van het produkt en de eigenaar van het gebouw zullen niet zelden verschillende personen zijn, waarvan door het slachtoffer de veroordeling in solidum kan worden gevorderd wanneer de desbetreffende toepassingsvoorwaarden zijn verenigd;

— *ten aanzien van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke produkten*: wanneer verschillende producenten voor dezelfde schade aansprakelijk zijn, bestaat tussen hen, volgens artikel 5 van de Richtlijn, een hoofdelijke (solidaire) aansprakelijkheid.

Twee hypothesen lijken te onderscheiden: *enerzijds* kunnen verschillende personen ten aanzien van een zelfde produkt, dat een gebrek aan veiligheid vertoont, de hoedanigheid van «producent» bezitten (zie artikel 3 Richtlijn), *anderzijds* kan een zelfde schade door twee of meer produkten worden veroorzaakt, die elk een gebrek aan veiligheid vertonen.

Opmerkelijk is dat tussen de producenten onderling de aansprakelijkheid jegens het slachtoffer *solidair* is terwijl bovendien met de aansprakelijkheid in solidum rekening is te houden wanneer, naast de producenten, nog één of meer rechtssubjecten, op een andere rechtsgrond, aansprakelijk zijn;

— *ten aanzien van de wetten die een bijzondere aansprakelijkheid m.b.t. welbepaalde produkten in het leven roepen*: op voorwaarde dat die bijzondere aansprakelijkheidsregels reeds bestonden op het ogenblik van de kennisgeving van de Richtlijn (nl. 30 juli 1985), kunnen zij met de aansprakelijkheid volgens de Richtlijn worden toegepast, wanneer de resp. toepassingsvoorwaarden zijn verenigd (artikel 13 Richtlijn). Bijzondere aansprakelijkheidsregels die m.b.t. produkten, tot het toepassingsgebied van de Richtlijn behorend, na 30 juli 1985 door een lid-staat tot stand zijn gebracht, kunnen aldus niet worden toegepast zolang de Richtlijn van kracht blijft¹⁶⁶.

¹⁶⁴ TASCHNER, H.C., o.c., 44, nr. 12.

¹⁶⁵ Hoe een dier een «gebrek aan veiligheid» kan vertonen, is evenwel niet meteen duidelijk.

Wat België betreft kan als bijzondere aansprakelijkheid, die verder toepasselijk blijft, worden verwezen naar de wet van 18 maart 1925 op de distributie van elektrische energie, van 22 juli 1974 op de giftige afval ...

Impliciet doch zeker, beperkt artikel 13 van de Richtlijn de mogelijkheid van de lid-staten om bij de incorporatie van de aansprakelijkheidsregels van de Richtlijn in het nationale recht, de beoogde aansprakelijkheid te beperken of te verstrengen. Aldus zou immers, na 30 juli 1985, een speciale aansprakelijkheidsregeling voor produkten tot stand komen¹⁶⁷.

Besluit

30. In zoverre rechtsregels «klaar en duidelijk» moeten zijn, is op de Richtlijn van 25 juli 1985 heel wat aan te merken. De aansprakelijkheid van de producent van een gevaarlijk produkt is ingewikkeld, omdat de toepassingsvoorwaarden niet duidelijk zijn omschreven.

Door de Richtlijn wordt aan het slachtoffer tegen de «producent» een vorderingsrecht toegekend, dat tot op heden in het Belgisch recht onbekend was¹⁶⁸, zonder dat, in beginsel¹⁶⁹, een fout van de aangesproken producent is aan te tonen. Die mogelijkheid is zeer ruim, gelet op het feit dat verschillende personen de hoedanigheid van producent kunnen bezitten.

Aangezien de Belgische aansprakelijkheidsregels, afgezien van het bewijs van een contractuele of buitencontractuele fout, het slachtoffer niet de kans boden de «producent» aan te spreken, is de Richtlijn op dit punt vernieuwend te noemen.

Uit het voorgaande blijkt echter meteen dat de slachtoffers belang hebben bij het behoud van de bestaande aansprakelijkheidsregels die toestaan andere personen tot vergoeding aan te spreken (o.m. de bewaarder, de eigenaar ...).

Afgezien van die vernieuwing die met een bewijsvoordeel gepaard gaat¹⁷⁰, lijkt het erop dat de ontwerpers, voor het overige, naar beperkingen van de nieuwe aansprakelijkheidsvorm hebben gezocht:

— beperking van de produkten die tot toepassing van de Richtlijn aanleiding geven;

— het dubbelzinnig begrip «gebrek aan veiligheid»;

¹⁶⁶ *Contra*: STUYCK, J., «Standpunten», in *Produktaansprakelijkheid, veiligheid en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 1987, 137, nr. 4.

¹⁶⁷ Zie FALLON, M., o.c., R.G.A.R., 1987, nr. 11258, nrs. 53 e.v.; cf. FAURE, M. en VANBUGENHOUT, W., o.c., R.W., 1987-88, 44, nr. 56.

¹⁶⁸ Onder voorbehoud van het *contractueel* vorderingsrecht wegens verborgen gebreken dat, naar is aangenomen, als een accessorium van de zaak door de verkopers aan de uiteindelijke koper is overgedragen (zie o.m. DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen*, 30-31; SIMONT, L., DE GAVRE, J. en FORIERS, P.A., «Examen», R.C.J.B., 1985, 163-165).

¹⁶⁹ Onder voorbehoud van de interpretatie die aan het begrip «gebrek aan de veiligheid» wordt gegeven.

¹⁷⁰ Aangezien de aangesprokene, behoudens tegenbewijs van zij-nentwege, de producent van het gevaarlijk produkt wordt geacht.

— de aansprakelijkheid van de producent is te beoordelen op het ogenblik dat het gevaarlijk produkt in het verkeer werd gebracht;

— de fout van het slachtoffer die, onder omstandigheden, de aansprakelijkheid van de producent kan uitsluiten;

— een zeer restrictieve opvatting m.b.t. de vergoedbare schade;

— een korte verjaringstermijn van drie jaar, die begint te lopen vanaf de dag waarop het slachtoffer kennis kreeg of kennis *had moeten krijgen* van de schade, het gebrek en de identiteit van de producent;

— een ongewone *vervaltermijn* van tien jaar vanaf het in het verkeer brengen van het produkt.

Die beperkingen vernauwen het toepassingsgebied van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke produkten, zodat het slachtoffer er belang bij heeft dat de contractuele en bui-

tencontractuele aansprakelijkheidsregels van het gemene recht, die toelaten producent of verkoper aan te spreken, behouden blijven.

De Richtlijn staat aldus het slachtoffer toe een beroep te doen op bijkomende vermogens om schadevergoeding te bekomen, maar heeft die mogelijkheid meteen ingekort¹⁷¹.

Of het uiteindelijk resultaat de geleverde inspanningen kan rechtvaardigen, zal in de toekomst moeten blijken. Intussen is enig scepticisme te verdedigen.

L. CORNELIS

¹⁷¹ Hierbij is te bedenken dat in het gemene recht, via vorderingen tot tussenkomst en vrijwaring, meestal hetzelfde uiteindelijke resultaat — de aansprakelijkheid van de producent — is te bereiken.

VERGOEDING VAN LETSELS VAN SLACHTOFFERS

1. Het hedendaagse leven brengt meer en meer risico's mee voor lichamelijke letsels: in de eerste plaats wordt gedacht aan arbeidsongevallen en verkeersongevallen, maar in de loop van de laatste jaren nemen nieuwe gevaren, die hun oorsprong vinden in de ontwikkeling van de techniek of in de sociale, economische en politieke toestanden, een steeds belangrijker plaats in.

De meeste vinden hun oorzaak in de industriële productie: het op de markt brengen van gebrekkige verbruiksgoederen (gedacht wordt aan de rampen veroorzaakt door sommige geneesmiddelen zoals thalidomide), de vervuiling van water en lucht (zoals te Bhopal) of het vervoer van gevaarlijke stoffen (zoals de ontploffingen in Martelange en Los Alfaques).

Andere houden verband met de verwerping van de bestaande politieke of sociale structuren, zoals bij daden van terrorisme, of in de onmacht van de overheid om de reacties van sommige groepen te beheersen ter gelegenheid van grote volkstoelopen: optochten ontaarden in wilde betogingen; wat de sportevenementen betreft, heeft iedereen nog het Heyzeldrama fris in het geheugen.

Sommige van deze risico's bestaan reeds zeer lang, maar de recente ontwikkelingen in het moderne leven hebben tot gevolg gehad dat de tekortkomingen die in het verleden slechts beperkte gevolgen hadden, nu «reeksen» schadegevallen veroorzaken, die een groot aantal personen in hun leven of gezondheid raken.

De onrechtvaardigheid die erin bestaat de slachtoffers de gevolgen te laten dragen van de ongevallen die in werkelijkheid hun oorzaak vinden in de moderne technieken, en die vaak nog verzaamd of zelfs veroorzaakt worden door het gebrek aan voorzorgsmaatregelen en door het nastreven van het grootst mogelijk geldelijk gewin, wordt sterk aanvoeld door de bevolking: de verspreiding door de media van schrikwekkende reportages heeft geleid tot een veralgemeende bewustwording van de noodzaak om het vergoedingsstelsel van de slachtoffers van lichamelijke letsels te herzien, wanneer de oorzaak van de schade ligt in de omstandigheden geschapen door onze «technische beschaving».

§ 1. Kritische beoordeling van het vergoedingsstelsel gebaseerd op de burgerrechtelijke aansprakelijkheid

2. Het stelsel van schadeloosstelling voor een ongeval vloeit voort uit een keuze:

— ofwel wordt de nadruk gelegd op de bescherming van degene die de schadeverwekkende handeling heeft verricht:

Deze tekst is voor het grootste deel ontleend aan ons werk «Moderne risico's en vergoeding van letsel schade», dat binnenkort zal verschijnen.

indien hij geen fout heeft begaan, kan hij niet veroordeeld worden om de gevolgen van deze daad te herstellen, evenmin als men in het strafrecht degene die geen misdrijf heeft begaan, kan veroordelen. Het slachtoffer dat door het ongeval getroffen wordt moet er de gevolgen van dragen, zoals het de gevolgen van elke andere speling van het lot zou dienen te ondergaan;

— ofwel is het de bescherming van het slachtoffer die de voorkeur verdient. Voldoende is dat iemand een risico schept om te oordelen dat ieder die getroffen wordt door de verwezenlijking daarvan, door hem schadeloos moet worden gesteld.

In de keuze tussen de bescherming van de dader van het ongeval en die van het slachtoffer, wanneer geen van beiden «schuld heeft», heeft het Burgerlijk Wetboek voor het eerste stelsel gekozen; het is dat van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de artikelen 1382 en volgende, dat met name bij de schadeloosstelling van slachtoffers van ongevallen wordt toegepast: indien de dader van het ongeval aansprakelijk is, dient het slachtoffer door hem voor de volledige schade vergoed te worden; anders ontvangt het niets. In geval van verdeling van aansprakelijkheid is er eveneens verdeling van de verplichting tot schadeloosstelling.

Men kan van oordeel zijn dat dit stelsel logisch was in een «preïndustriële» beschaving. Deze oplossing is goed aangepast aan elke toestand, waarbij het ongeval zijn oorzaak vindt in een bewuste handeling of ten minste in een onvoorzichtigheid van een welbepaalde gekende dader, hetgeen over het algemeen het geval was toen het wetboek werd ingevoerd.

Wij dienen ons nochtans af te vragen of het algemeen beginsel volgens hetwelk het slachtoffer de gevolgen van een ongeval moet dragen telkens wanneer het de burgerrechtelijke aansprakelijkheid niet kan bewijzen van degene die aan de oorsprong ervan ligt, aangepast gebleven is aan de risico's van onze «technische beschaving».

3. Met betrekking tot ons stelsel van burgerrechtelijke aansprakelijkheid, kunnen wij twee vaststellingen doen:

a) De schadeloosstelling met toepassing van de beginselen van het Burgerlijk Wetboek blijft voldoening schenken op het punt van het *bedrag* van de vergoeding, zowel voor de schade aan de goederen als voor de gevolgen van lichamelijke letsels. De rechtspraak heeft een geheel van regels uitgewerkt die het mogelijk maken rekening te houden met de oneindige verscheidenheid van bijzondere omstandigheden. De toepassing van de stelsels van burgerrechtelijke aansprakelijkheid die van kracht zijn in de verschillende Westeuropese landen maakt het mogelijk om, rekening houdend met de bijzonderheden van elk ervan, de vergoeding derwijze te berekenen dat degene die door het lot getroffen wordt, op een billijke (of voor hem aanvaardbare) wijze schadeloos wordt gesteld.

b) Elk stelsel gesteund op de burgerlijke aansprakelijkheid is echter blootgesteld aan een fundamentele kritiek:

slechts *sommige* slachtoffers worden vergoed, namelijk diegenen die over een verhaal beschikken tegenover een derde verantwoordelijke. Anderen ontvangen niets, hetzij omdat zij zelf als verantwoordelijk beschouwd worden voor het ongeval dat hen treft, wegens een onvoorzichtigheid, een onoplettendheid of enige andere, zelfs lichte «fout», die ze begaan hebben, hetzij omdat geen fout van de «dader» (sic) kan worden bewezen en hij dus niet aansprakelijk is, hetzij nog omdat de dader insolvent is.

4. Deze bezwaren gelden meer in het bijzonder voor de nieuwe risico's, ontstaan uit de ontwikkeling van de hedendaagse techniek.

1) De moeilijkheid om een aansprakelijke aan te wijzen

Een der kenmerken van het hedendaagse leven is, dat de nieuwe technologieën risico's scheppen en dat, wanneer zich een ongeval voordoet, het vaak te wijten is aan een veelheid van oorzaken. Het typisch geval is dat van de verontreiniging van lucht en water: men denke aan de zure regen of aan de schade uit «synergie», die voortvloeit uit de werking van een reeks factoren.

Indien sommige van de schadeoorzaken het gevolg zijn van een fout, is degene die ze begaan heeft over het algemeen moeilijk te identificeren. Zelfs indien hij kan worden geïdentificeerd, is hij soms slechts een schakel in de ketting der industriële producenten: indien het bijvoorbeeld een vennootschap betreft die deel uitmaakt van een multinational, is het niet gemakkelijk om de «moedervenootschap» aansprakelijk te stellen voor de handelingen van haar mogelijk onvermogen filiaal.

2) De ontwikkeling van het begrip «fout van het slachtoffer»

Waar de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van degene die de schade heeft veroorzaakt in beginsel gebaseerd is op zijn fout, ontlast de fout van het slachtoffer de dader van het ongeval van zijn verplichting om het slachtoffer schade-loos te stellen. Welnu, deze «fout» van het slachtoffer is vaak zuiver theoretisch. Inzake motorrijtuigenverzekering — het eerste «hedendaagse risico» dat aanleiding gaf tot veralgemeende kritiek op ons stelsel van burgerrechtelijke aansprakelijkheid — werden de traditionele begrippen betreffende de fout op overtuigende wijze aan de kaak gesteld, met name door prof. Tunc.

3) De lange duur en het ingewikkeld karakter van de procedure

Wanneer zij daartoe de mogelijkheid hebben, zullen de dader en zijn verzekeraar niet nalaten de aansprakelijkheid te betwisten. Dit heeft tot gevolg dat, alvorens het slachtoffer schadeloosstelling krijgt, het ingewikkelde rechtsprocedures dient in te stellen, die duur zijn door de noodzaak een beroep te doen op langdurige en kiese deskundige onderzoeken. Dit geldt speciaal bij zware ongevallen. Zelfs wanneer het slachtoffer uiteindelijk vergoed wordt, gebeurt dit vaak slechts na drie, vier, vijf ja zelfs tien jaar of meer.

5. Dit alles heeft tot gevolg dat een groot deel van de slachtoffers niets ontvangt, behalve de betalingen verricht door de sociale zekerheid, die over het algemeen slechts een deel van de opgelopen schade — soms zelfs slechts een ge-

ring gedeelte — dekt. Anderen ontvangen te weinig of hun schade wordt veel te laat vergoed.

Een betrekkelijk groot aantal slachtoffers blijft dus zonder afdoende schadevergoeding. Dit wordt in het bijzonder als een onrechtvaardigheid ervaren wanneer het ongeval zijn oorzaak vindt in een risico met technisch karakter, dat inherent is aan ons hedendaags leven. Er dient dus, indien men wil dat de slachtoffers van lichamelijke ongevallen een vergoeding ontvangen die het hun mogelijk maakt hun schade te dekken, de leemten van het wettelijk stelsel verhelpen.

6. De auteurs die hervormingen voorstellen, beogen over het algemeen een wijziging van het aansprakelijkheidsrecht, al of niet gepaard gaand met een verplichte verzekering daarvan.

Voor het risico motorrijtuigen vinden wij, na het boek van Keaton en O'Connell, die een hervorming van het Amerikaans stelsel voorstonden door de invoering van een «no-fault»-verzekering, in Frankrijk de werken van Tunc, in Duitsland die van von Hippel en Weyers, in België die van Dalq en Simoens, in Nederland de voorstellen van Bloembergen, om slechts deze te vermelden welke het best bekend zijn in ons land. In Groot Brittannië beoogt het verslag Pearson, ingegeven door de Nieuwzeelandse ervaring, een veralgemeende bescherming van de slachtoffers van ongevallen.

Wij kunnen er niet aan denken deze uitstekende werken te ontleiden; dit valt buiten onze opzet. Hier moge worden volstaan met te vermelden dat hun auteurs in de materie die zij onderzoeken, telkens een hervorming van het aansprakelijkheidsrecht voorstaan. Welnu, een dergelijke hervorming is steeds een belangrijk en omstreven werk, aangezien zij de grondslag zelf van de vergoedingsmechanismen ter discussie stelt.

Het onderzoek van de wetgevende ontwikkeling in de loop der laatste decennia toont aan welke moeilijkheid de wetgever ondervindt om fundamentele wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht in te voeren. Het vraagstuk van «de verzekering tegenover de wijzigingen in de burgerrechtelijke aansprakelijkheid» werd behandeld op het VIIe Wereldcongres van de Internationale Vereniging voor Verzekeringsrecht (Association Internationale de Droit des Assurances — A.I.D.A.) te Boedapest in 1986. Het algemeen verslag van prof. Eorsi heeft aangetoond dat er op heden in de wereld geen neiging bestaat om het fout-aansprakelijkheidsstelsel te verlaten. De aansprakelijkheid zonder fout vervangt die gebaseerd op de fout niet. Aldus werd in de motorrijtuigenverzekering de «no-fault» slechts in zeer weinig landen ingevoerd. Daarentegen zoekt men vaak de vergoeding van het slachtoffer te vergemakkelijken door de invoering van een vermoeden van aansprakelijkheid of door de omkering van de bewijslast, eventueel door het instellen van de objectieve aansprakelijkheid in materies met beperkte draagwijdte.

Men dient zich bijgevolg af te vragen of een doeltreffende bescherming van de slachtoffers noodzakelijkerwijze dient te gebeuren langs de weg van een hervorming van het aansprakelijkheidsrecht en of zij niet zou kunnen worden verwezenlijkt door de aanwending van een ander, veel soepeler mechanisme, nl. de personenverzekering, meer bepaald door de invoering van een nieuwe vorm van verzekering tegen lichamelijke ongevallen.

Onderscheid tussen lichamelijke en stoffelijke schade

7. Zoals bekend is het aansprakelijkheidsrecht van toepassing op alle schadelijke gevolgen van de onrechtmatige daad. Wanneer iemand door zijn fout schade toebrengt aan een ander, dient hij *alle* gevolgen hiervan te vergoeden, zowel de schade aan de goederen van het slachtoffer als die welke voortvloeit uit de lichamelijke letsels. Dit is normaal wanneer men zich verplaatst in de persoon van de dader van het ongeval wiens aansprakelijkheid één is.

Is dit onontbeerlijk in de persoon van de slachtoffers?

Met het oog op de bescherming van deze laatsten zijn sinds de tweede wereldoorlog een groot aantal verzekeringen van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid verplicht gemaakt. Vaak heeft men — terecht — geoordeeld dat deze bescherming voornamelijk inzake lichamelijke letsels dient te worden verwezenlijkt. De stoffelijke schade daarentegen kan over het algemeen gedekt worden door een zakenverzekering tegen niet al te kostbare voorwaarden (aldus bestaan er in de verzekering motorrijtuigen «casco»-dekkingen voor een redelijke prijs). Bijgevolg stellen wij in vele nieuwe wetten een onderscheid vast tussen schade aan goederen en lichamelijke schade. Aldus kan de verzekeringsgrens verschillen (ze is hoger voor de gevolgen van lichamelijke letsels), soms zelfs is het voordeel van de verzekering beperkt tot letselschade.

Ons inziens is deze ontwikkeling, die de schade aan de persoon stelt tegenover de schade aan de goederen, volkomen gerechtvaardigd. Het zijn de slachtoffers van ernstige lichamelijke letsels die in het bijzonder dienen te worden beschermd. Het is om deze laatsten dat wij ons moeten bekommeren. Terecht is ons onderwerp beperkt tot het onderzoeken van de wijze waarop het lot van *deze* slachtoffers kan worden verbeterd. De schade aan goederen maakt een heel ander vraagstuk uit.

Deze keuze is ook verantwoord door overwegingen betreffende de mogelijke kostprijs van elke hervorming met het oog op een betere bescherming van de slachtoffers: indien zij zich beperkt tot de gevolgen van lichamelijke letsels en de stoffelijke schade — die in sommige materies ontzaglijke bedragen kan bereiken — terzijde laat, kan deze kostprijs sterk vermindert worden en kan hij misschien teruggebracht worden tot aanvaardbare grenzen, zodat dit risico kan worden verzekerd zonder al te groot geldelijk offer.

Dit geeft reeds aan dat wij niet de nadruk leggen op de toestand van de dader van het ongeval, zoals in de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, maar op die van de slachtoffers.

8. Om diegenen te helpen die tot op heden niet of te weinig vergoed worden zonder de kosten ten eerste te verhogen, zijn in de recente wetgevingen of in de verzekeringspraktijk twee werkwijzen toegepast.

1° De eerste bestaat erin de burgerrechtelijke aansprakelijkheid en haar verzekering te vervangen door een voorafbepaalde vaste schadevergoeding die aan de slachtoffers uitgekeerd wordt zonder rekening te houden met hun eventuele fout: het is het geval inzake de arbeidsongevallenverzekering in West-Europa en inzake de «no fault»-verzekering motorrijtuigen in sommige landen (Quebec, Israël, enz.).

Afgezien van de moeilijkheid om welke hervorming ook in te voeren in het aansprakelijkheidsrecht, vertoont deze werkwijze het nadeel dat vaste voorafbepaalde bedragen

niet voldoende rekening houden met bijzondere toestanden.

2° Bij de tweede wordt ten voordele van het mogelijke slachtoffer een aanvullende verzekering genomen tegen lichamelijke ongevallen, van het type «persoonlijke verzekering», dus een *sommen*verzekering die hem toestaat minstens gedeeltelijk vergoed te worden voor de geldelijke gevolgen van een ongeval waarbij hij over geen verhaal tegen een derde beschikt. Deze verzekering, door hem of voor hem onderschreven, heeft over het algemeen een vrijwillig karakter: aldus heeft in vele Westeuropese landen de verzekering «inzittenden van voertuigen» een grote uitbreiding genomen (een dergelijke persoonlijke ongevallenverzekering kan vanzelfsprekend toegevoegd worden aan een «no fault»-verzekering).

In het Belgisch recht bestaat er echter geen persoonlijke verzekering tegen lichamelijke ongevallen die vergoedingen uitkeert, berekend overeenkomstig de beginselen toepasselijk in het aansprakelijkheidsrecht.

Nadelen van de traditionele verzekering tegen lichamelijke ongevallen met «forfaitaire» karakter

9. De persoonlijke verzekering tegen lichamelijke ongevallen, zoals ze in West-Europa wordt toegepast, met haar forfaitaire en automatisch karakter, vertoont enkele grote nadelen, die trouwens onderling nauw samenhangen.

1) Zij houdt geen rekening met de werkelijk geleden schade, noch met de reeds verkregen schadevergoeding. Daar het een sommenverzekering betreft, draagt de verzekeraar bij telkens wanneer een ongeval een arbeidsongeschiktheid of een blijvend letsel meebrengt; hij betaalt een forfaitaire vergoeding, wat ook de werkelijke schade zij en zonder rekening te houden met het feit dat het slachtoffer soms reeds vergoed is door de sociale zekerheid, door een derde aansprakelijke of op een andere wijze: het slachtoffer cumuleert bijgevolg de reeds uit dezen hoofde ontvangen vergoeding en de forfaitaire som bepaald door zijn eigen ongevallenverzekering. De sommenverzekering bevat namelijk doorgaans geen enkele indeplaatsstelling ten voordele van de ongevallenverzekeraar van het slachtoffer, zij het een sociale of een particuliere verzekeraar.

2) Zij is duur. Immers, daar er geen indeplaatsstelling is, kan het slachtoffer voor dezelfde schade een dubbele en in sommige gevallen een drievoudige vergoeding ontvangen (bv. van de sociale verzekeraar, van de verzekeraar B.A. van de derde aansprakelijke en van de verzekeraar «ongevallen»). Vaak is er overmatige vergoeding, vooral wanneer de schade betrekkelijk onbelangrijk is.

3) Daarbij aansluitend, gezien de hoge kosten van elke forfaitaire verzekering tegen lichamelijke ongevallen, is het gedekte kapitaal noodzakelijkerwijs laag, zodat het slachtoffer van een *zwaar* ongeval in totaal slechts bedragen ontvangt die volkomen ontoereikend zijn om zijn werkelijke schade te dekken.

De «forfaitaire ongevallenverzekering» verschaft de slachtoffers van zware ongevallen dus niet de noodzakelijke vergoeding. Welnu, het zijn die slachtoffers die onze aandacht waard zijn en die bijzonder beschermd dienen te worden.

Financiering

10. Het grote vraagstuk is vanzelfsprekend de financie-

ring van de schadevergoeding. Het is niet moeilijk in theorie een totale schadevergoeding te bedenken, die aan elk slachtoffer van een ongeval, welke ook de oorzaak daarvan zij, het volle bedrag van de geleden schade toekent. Dit zou het mogelijk maken het grote verwijt weg te wuiven dat men maakt aan elk vergoedingsstelsel «per sector», nl. dat, bij gelijke schade en bij gelijke behoeften, sommige slachtoffers meer ontvangen dan anderen: op heden wordt degene die het slachtoffer wordt van een arbeidsongeval, nagenoeg voor zijn volledige schade vergoed, terwijl hij die in zijn badkamer over een stuk zeep uitglijdt, niets ontvangt behalve de vergoeding uitgekeerd door de sociale zekerheid. De ontwerpen van hervorming, zoals de werken die wij hebben aangestipt en in het bijzonder het verslag Pearson, leggen dan ook terecht de nadruk op de onrechtvaardigheid die erin bestaat gedeeltelijke stelsels in te voeren, die slechts sommige ongevallen dekken.

De veralgemening van een volledige schadevergoeding is nochtans, helaas, geldelijk onmogelijk.

De reden van de noodzaak om een verschillend stelsel te behouden naar gelang van de sectoren is dat in sommige materies een volledige vergoeding van sommige slachtoffers kan worden ingevoerd, bv. inzake arbeidsongevallen of inzake autoöngevallen, omdat de premie ten laste kan worden gelegd van iemand die bereid is ze te betalen. Dit is niet het geval in andere materies, met name inzake de ongevallen in het privé-leven, waar men moet terugvallen op de persoonlijke voorzieningen. Dit is een element dat niet over het hoofd kan worden gezien.

Het verhaal van de sociale verzekeraar

11. Het belangrijkste aspect van de kostprijs van de schadeloosstelling is wellicht dat van het mogelijk verhaal van de sociale verzekeraar, een term waarmee wij niet enkel de sociale zekerheid als dusdanig maar ook de arbeidsongevallenverzekering en de aanverwante of aanvullende verzekeringen bedoelen.

In nagenoeg elk van de Westeuropese landen dekt de sociale zekerheid een goed deel van de gevolgen van lichamelijke letsels.

a) De geneeskundige en ziekenhuiskosten worden over het algemeen praktisch volledig terugbetaald. Men mag aannemen dat op dit gebied de slachtoffers op bevredigende wijze beschermd zijn.

b) Het inkomstenverlies, d.w.z. het «economisch verlies», wordt eveneens terugbetaald door de sociale zekerheid, maar enkel voor de basisbehoeften: de inkomens die het voorwerp uitmaken van de vergoeding, zijn beperkt tot een bedrag dat overeenstemt met wat nodig is om aan de basisbehoeften te voldoen van de doorsneebevolking. Slachtoffers met een hoger inkomen worden niet vergoed voor het gedeelte van het verlies dat het forfait overstijgt.

c) De «niet-economische» schade wordt niet vergoed. Het is het geval voor de morele schade in haar onderscheiden gedaanten: «pretium doloris», esthetische schade, negenheidschade, verlies van een kans, enz. De slachtoffers dienen deze zelf te dragen, behalve indien ze over een verhaal tegen derden beschikken.

d) De schadeloosstelling door de sociale zekerheid werkt automatisch, zonder dat onderzocht wordt of het slachtoffer schuld heeft of niet, en zonder dat men een beroep dient te doen op de rechtbanken; bijgevolg worden vertraging in

de schadeloosstelling en gerechtskosten (met inbegrip van advocatenkosten) vermeden.

e) Over het algemeen beschikt de sociale zekerheid over een recht van regres.

Ernstige ongevallen en sociale zekerheid: verschillen tussen de schadeposten

13. Wanneer wij de slachtoffers van zware ongevallen nemen, die in het bijzonder het voorwerp uitmaken van onze bezorgdheid, stellen wij vast dat inzake geneeskundige ziekenhuis- en revalidatiekosten, die de grootste belasting uitmaken bij zeer ernstige aantastingen van de gezondheid (bv. in geval van volledige verlamming), deze in België zoals in andere Westeuropese landen nagenoeg volledig terugbetaald worden. Het stelsel werkt goed. Het is enkel op verschilpunten voor verbetering vatbaar, bv. om de geheelheid van de bevolking het genot ervan te verstrekken en om sommige tegenstrijdigheden in het stelsel te vermijden.

Onderscheiden stelsels met betrekking tot het verhaal van de maatschappelijke zekerheid

14. We kennen in Europa twee grote stelsels met betrekking tot het verhaalsrecht van de sociale zekerheid.

1° *Het verhaal dossier per dossier.* In een eerste groep landen, zoals in België, kan de sociale verzekeraar die uitgaven gedaan heeft of reserves gevormd heeft om de gevolgen van het ongeval te dekken, zijn voorschotten terugkrijgen van de verzekeraar van de aansprakelijke dader. Hij beschikt over een verhaal.

Het bestaan van het verhaal heeft geen belang voor het slachtoffer zelf; het ondervindt er geen nadeel van, tenzij op zeer onrechtstreekse wijze in de mate dat de kostprijs ervan begrepen is in de kostprijs van de motorrijtuigenverzekering, en dan nog enkel indien het slachtoffer zelf eigenaar is van een motorrijtuig en een verzekeringspremie betaalt.

Daarentegen brengt het verhaal vertragingen en kosten mee in de afwikkeling van de dossiers tussen sociale en particuliere verzekeraars. De particuliere motorrijtuigenverzekeraar betaalt aan de sociale verzekeraar dossier per dossier een gedeelte van de uitgaven van de sociale zekerheid, die betrekking hebben op verkeersongevallen, terug: vanzelfsprekend is het zeer moeilijk te bepalen welke de verhouding tot het geheel is, gezien de ingewikkeldheid van de wetgeving. Indien het ongeval bestaat in een aanrijding tussen twee voertuigen — hetgeen de meerderheid der gevallen uitmaakt — kan men stellen dat ieder voertuig aansprakelijk is in vijftig ten honderd van de gevallen, dus dat 50% van de slachtoffers schuld hebben en dat er terugbetaling ten laste van de WAM-verzekeraar is van 50% van de kosten gemaakt door de sociale verzekeraar. In ieder geval gaat het om bedragen waarvan het totaal zeer belangrijk is, gezien het groot aantal ongevallen die zich voordoen.

2° *Afwezigheid van een verhaal.* In de Scandinavische landen daarentegen, bestaat er geen enkel verhaal van de sociale zekerheid ten laste van de motorrijtuigenverzekeraar. Men is van oordeel dat een dergelijk verhaal ongerechtvaardigde kosten zou meebrengen, aangezien er in werkelijkheid een overdracht van sommen bestaat «van de rechterzak naar de linkerzak» van dezelfde groep, bestaande uit de gehele bevolking. Aangezien nagenoeg elk gezin een voertuig bezit, is het risico «motorvoertuigen» een

maatschappelijk risico geworden. De overdracht van sommen van de groep der «WAM-verzekerden» (vertegenwoordigd door hun verzekeraars) naar de groep der «slachtoffers van autoöngevallen» (vertegenwoordigd door de sociale zekerheid) brengt de instandhouding mee van een administratie belast met het beheer van deze geschillen, met het overmaken van de fondsen, en een reeks andere kosten zoals die veroorzaakt door de bijstand van de advocaten.

Welnu, de Scandinavische wetgevers hebben geoordeeld dat deze kosten nutteloos zijn en kunnen worden vermeden door de afschaffing van elk verhaal door de sociale zekerheid tegen de motorrijtuigenverzekeraar. De aldus verwezenlijkte besparing komt de gehele bevolking ten goede.

Wel te verstaan valt in werkelijkheid de groep van de «WAM-verzekerden» niet volkomen samen met die van de «sociale verzekerden», noch wat betreft zijn samenstelling noch wat betreft de verdeling van de lasten, maar de wetgever heeft geoordeeld dat hetgeen van belang was, de met het geheel verwezenlijkte besparing was.

Aangezien de WAM-verzekeraar slechts het gedeelte dient te dragen van de schade voortvloeiend uit lichamelijke letsels dat de sociale zekerheid overstijgt — cumulatie is vanzelfsprekend verboden —, vloeit daaruit in Scandinavië een aanzienlijke vermindering voort van de kosten van de WAM-verzekering.

§ 2. De Zweedse oplossing

15. In Zweden werd in 1975 een diepgaande hervorming van de motorvoertuigenverzekering ingevoerd, die verder de burgerrechtelijke aansprakelijkheid blijft dekken, maar eveneens een «no fault»-dekking tegen ongevallen bevat.

De nieuwe Zweedse wet vervangt een stelsel gebaseerd op een vermoeden van fout van de automobilist, een stelsel waarvan men de leemten had aangeklaagd. Zij is goed bekend en werd overvloedig besproken. Wij zullen er ons hier toe beperken de nadruk te leggen op enkele van haar aspecten

Schade aan personen

De schadeloosstelling van de slachtoffers van lichamelijke ongevallen kan als volgt worden samengevat:

1) In beginsel wordt iedereen die letsel oploopt bij een autoöngeval, schadeloos gesteld. De aansprakelijkheid speelt geen rol meer.

2) Het bedrag dat hij ontvangt is datgene dat vastgesteld zou zijn bij toepassing van de regels van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, die rekening houden met de werkelijk geleden schade. Hij heeft o.m. het recht om vergoed te worden voor zijn morele schade.

3) Ieder bestuurder wordt door zijn eigen verzekering vergoed; de voetgangers en de fietsers worden vergoed door de verzekeraar van het motorvoertuig dat betrokken is in het ongeval.

4) Daar er in het Zweedse recht geen indeplaatsstelling van de sociale zekerheid bestaat, doet het vraagstuk van het verhaal van deze laatste zich niet voor.

5) Er bestaat geen verhaal tussen de maatschappijen wat de lichamelijke schade betreft.

6) Daar het een ongevallenverzekering betreft, dekt zij de verzekerden en de inzittenden van zijn wagen, waar ze zich ook bevinden, zelfs in het buitenland.

Wel te verstaan is, inzake de schade aan derden veroorzaakt in het buitenland, het plaatselijk B.A.-recht van toepassing: ingeval de Zweedse automobilist aansprakelijk is, zal de schadevergoeding dienovereenkomstig berekend worden. Inzake de schade geleden door de Zweden buiten hun land, werd ons verklaard dat de Zweedse verzekeraars over het algemeen de schadevergoeding volgens hun eigen wet uitbetalen, hoewel dit niet uitdrukkelijk bepaald is: noch de wet van 1975, noch de bepalingen van het verzekeringscontract voorzien uitdrukkelijk in deze verplichting. Het betreft een gebruik van de verzekeraars.

7) De motorvoertuigenverzekering dekt eveneens de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, die verder alleen van toepassing blijft bv. in geval van schade aan goederen.

Deze verzekering, ingevoerd bij wet, is verplichtend van aard.

Schade aan goederen

Met betrekking tot de schade aan goederen, is het stelsel ingewikkelder; aldus is in geval van aanrijding tussen twee voertuigen, de schadevergoeding gebaseerd op het beginsel van de fout. Wij moeten het hier echter niet bespreken.

Beoordeling van het Zweeds stelsel

16. Het invoeren van deze idemnitaire verzekering lost, wat de lichamelijke schade betreft, onze problemen op. Zo elk verkeersslachtoffer recht heeft op een bedrag gelijk aan het verschil tussen de vergoeding berekend volgens de principes van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid enerzijds, en wat het reeds ontvangt uit een andere bron (met uitzondering van vrijwillig aangegane sommenverzekeringen, zoals de levensverzekering en de individuele ongevallenverzekering) anderzijds, zouden de kosten beduidend lager moeten zijn dan die van de individuele ongevallenverzekering van het klassieke type zoals de verzekering «inzittenden motorvoertuigen».

Het ogenblik is gekomen om ons af te vragen of een dergelijke verzekering niet in andere landen zou kunnen worden ingevoerd, gelet op het feit dat sinds enige jaren nieuwe categorieën van slachtoffers vergoed worden door de verzekeraars burgerrechtelijke aansprakelijkheid (in de eerste plaats de familieleden van de bestuurder), en in sommige landen ook voetgangers en fietsers (in Frankrijk sedert de wet Badinter van 5 juli 1985).

Laten we nu al vermelden dat het in Zweden in het verkeersongevallenrecht ingevoerde mechanisme werd uitgebreid tot twee andere gebieden: de ongevallen waarvan men het slachtoffer kan worden ter gelegenheid van een geneeskundige behandeling (patiënt insurance) en die welke voortkomen uit de secundaire schadelijke gevolgen van geneesmiddelen (pharmaceutical insurance).

§ 3. De franse P.A.C.S. dekking en het mechanisme «voorschot op verhaal»

Beschrijving van de nieuwe P.A.C.S. polis

17. De wet Badinter van 5 juli 1985, die maatregelen ten voordele van voetgangers en fietsers invoert, heeft een mentaliteitsverschuiving uitgelokt die strekt om ook de andere slachtoffers van lichamelijke ongevallen die vroeger nog niet vergoed werden, met name de bestuurders, te zien vergoeden.

De verzekeraars die deze dekking wensen aan te bieden, dienen volgens een studie van Margeat, rekening te houden met de volgende statistische gegevens:

1° De sociale zekerheid betaalt op heden ongeveer 35% van de lichamelijke schade toerekenbaar aan het verkeer.

2° De verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid draagt 65% van de lichamelijke schade, welk bedrag ook de terugbetaling omvat van de sociale zekerheid, in de plaats gesteld in de rechten van degene aan wie ze uitbetaald heeft (zie 1e hierboven).

3° Het saldo, 35%, is niet gedekt. Het betreft uitsluitend de schadeloosstelling van de bestuurders.

Het «voorschot op verhaal»

18. Onder de drijvende kracht van Margeat werd inzake lichamelijke schade een stelsel uitgewerkt van «voorschot op verhaal» (*avance sur recours*) dat ten voordele van de verzekeraar die een voorschot aan zijn verzekerde heeft uitgekeerd, bij overeenkomst in een indeplaatsstelling voorziet. Dit stelsel werd toegepast vanaf de inwerkingtreding van de wet Badinter.

De nieuwe dekking wordt naar gelang van de maatschappij «veiligheid van de bestuurder» (*«Sécurité du Conducteur»*) of P.A.C.S. (*Protection Assurée du Conducteur et des Siens*) genoemd.

De benaming P.A.C.S. werd handig gekozen, nu zij doet denken aan het woord *pax*, vrede. Dit woord schijnt aan te geven dat degene die een dergelijke verzekering sluit, met gerust gemoed kan leven omdat hij op bevredigende wijze voor zichzelf en zijn gezin verzekerd is; allen genieten dezelfde dekking, mede in de gevallen waarin ze niet reeds vergoed zijn door de verzekeraar van de B.A. van de aansprakelijke, d.w.z. indien zij het voertuig van de verzekerde besturen.

De kosten van de P.A.C.S. dekking zijn laag: van 1.000 tot 3.000 BF.

§ 4. Voorgestelde hervorming

19. De leemten in het stelsel van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid kunnen opgevuld worden m.b.t. alle slachtoffers die schuld hebben, door de invoering van een mechanisme dat nog niet bestaat bij ons, maar dat in sommige vreemde landen is ingevoerd: de verzekering tegen lichamelijke ongevallen van vergoedende aard, die dezelfde vergoedingen toekent als het gemene burgerrechtelijke-aansprakelijkheidsrecht, in de mate dat de schade niet reeds het voorwerp uitmaakte van een terugbetaling uit welke bron ook (sociale zekerheid, diverse verzekeringen enz.). In dit stelsel betaalt de «ongevallenverzekeraar» het verschil tussen de werkelijke schade berekend volgens de regels van het gemene recht en de reeds ontvangen schadeloosstelling.

Niet alleen ontsnapt deze nieuwe verzekering aan elke tegenstrijdigheid met de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, maar zij vertoont in vergelijking daarmee ook het grote voordeel, dat de kostprijs ervan veel lager ligt, dit om een dubbele reden:

1) De verzekeraar draagt niet bij voor de schade aan goederen.

2) Er is geen verhaal van de sociale verzekeraar.

Het Franse P.A.C.S.-stelsel met zijn mechanisme van «voorschot op verhaal» heeft bewezen dat in de veronder-

stelling dat een B.A.-verzekeraar reeds alle slachtoffers «die geen schuld hebben» heeft vergoed — hetgeen de normale toestand is — de kosten van de schadeloosstelling van de slachtoffers «die schuld hebben» binnen zeer draaglijke perken blijft.

De soepelheid van deze verzekering

20. De nieuwe verzekering die wij aanbevelen, vertoont bovendien een grote soepelheid, hetgeen een rechtstreekse invloed heeft op haar kostprijs. Het is met name mogelijk vrijstellingen in te voeren, hetgeen moeilijk denkbaar is in de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, waarin de verplichting tot schadeloosstelling op de totaliteit van de schade slaat.

Deze constructie maakt het bijvoorbeeld mogelijk enkel de slachtoffers van *ernstige* ongevallen schadeloos te stellen die niet volledig kunnen worden vergoed door een «klassieke» ongevallenverzekering, waarbij het verzekerde kapitaal steeds beperkt is (sommenverzekering). Welnu, het zijn juist de slachtoffers van zware letsels om wie wij ons dienen te bekommeren.

In dit nieuwe stelsel is het tevens mogelijk de slachtoffers van in het buitenland voorgevallen ongevallen op normale wijze te vergoeden.

Wij stellen dus vast dat het inzake verkeersongevallen mogelijk is, door de invoering van een verzekering tegen lichamelijke ongevallen, volledig het gedeelte van de schade te dekken dat niet terugbetaald wordt door de sociale zekerheid, met inbegrip van de morele schade, en aldus alle moeilijkheden op te lossen waarvoor de knapste geesten geen oplossing konden vinden.

Men dient dus niet te werk te gaan door uitbreiding van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, maar door een andere techniek, deze van de verzekering.

Algemeen karakter van deze oplossing

21. Deze oplossing kan ook toegepast worden op andere gebieden dan de verkeersongevallen. Wij vermelden:

1° *De produktenaansprakelijkheid*. Men dient het stelsel van de richtlijn van 25 juli 1985 toe te juichen dat de aansprakelijkheid naar gemeen recht behoudt en er een vermoede aansprakelijkheid van beperkte aard aan toevoegt. Dit neemt echter niet weg dat er gevallen bestaan waarin het slachtoffer zonder vergoeding blijft; wij geloven dat hier ook de ongevallenverzekering die wij aanbevelen, de moeilijkheid zou kunnen oplossen tegen de laagste kostprijs.

2° *De verontreiniging*. Wat de aantasting van de gezondheid door verontreiniging betreft, is het vraagstuk ingewikkelder met name door de veelheid van de mogelijke oorzaken; een gelijksoortige oplossing kan overwogen worden voor ongevallen die zich voordoen in de chemische nijverheid (plotselinge verontreiniging van lucht of water).

3° *De geneeskundige ongevallen*.

a) Indien er zich een geneeskundig ongeval voordoet gedurende een operatie, kunnen wij ons in een geval bevinden waarin elke fout uitgesloten is. De zieke kan ook zijn «toestemming met kennis van zaken» tot de ingreep hebben gegeven en «het risico aanvaard», zodat hij geen recht heeft op schadeloosstelling.

b) Inzake de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor het risico geschapen door de geneesmiddelen, stellen wij

vast dat in sommige gevallen, de aantasting van de gezondheid van de verbruiker veroorzaakt wordt door een fout van de producent van geneesmiddelen, in andere gevallen door de fout van de geneesheer, of ten slotte omdat het gestel van de patiënt slecht reageert. Zoveel verschillende juridische regimes! Toch werd in al deze gevallen het ongeval veroorzaakt door de karakteristieke hoedanigheden van het geneesmiddel zelf.

Wat een omslachtigheid en wat een onrechtvaardigheid! Het recht op schadevergoeding dient uitgebreid te worden.

a) *Ongevallen gedurende de behandeling.* Het is volstrekt uitgesloten een objectieve aansprakelijkheid of een vermoeden van aansprakelijkheid te scheppen ten aanzien van de geneesheer; deze laatste kan niet aansprakelijk gesteld worden indien hij geen fout heeft begaan. De slachtoffers van ongevallen dienen nochtans vergoed te worden. Dit kan ons inziens slechts op billijke wijze geschieden door het Zweedse stelsel over te nemen.

b) *Farmaceutische ongevallen.* Naar onze mening zou de producent van geneesmiddelen aansprakelijk dienen te worden gesteld voor hun schadelijke gevolgen, of zij bekend of onbekend zijn (ontwikkelingsrisico), dit principe werd in 1976 in Duitsland ingevoerd na de thalidomide-ramp.

Ingeval er geen aansprakelijkheid is, is dezelfde oplossing aangewezen als in de gevallen van behandelingsongevallen: het risico zou dienen gedekt te zijn door een verzekering tegen de lichamelijke ongevallen.

4° *De ongevallen in de stadions.* Indien een ongeval zich voordoet tijdens een sportgebeuren op een voor het publiek toegankelijke plaats, aarzelt men m.b.t. een uitbreiding van het werkingsgebied van de aansprakelijkheid, maar één zaak staat vast: de slachtoffers zijn in vertrouwen gekomen en dienen vergoed te worden. Iedere moeilijkheid wordt weerom vermeden door de invoering van de nieuwe verzekering.

5° *De gewelddaden.* Inzake de gewelddaden, met name die m.b.t. terrorisme, zijn de aansprakelijke daders nagevoeg steeds onvermogen. Wij voelen de noodzaak aan om in een doeltreffende schadeloosstelling te voorzien, maar wij zien niet in hoe deze in het traditionele burgerrechtelijk aansprakelijkheidsrecht zou kunnen ingelast worden.

Enkel de verzekering kan deze moeilijkheid oplossen.

Besluit

22. De invoering van een burgerrechtelijke aansprakelijkheid van allen die een modern «risico» geschapen hebben, is onmogelijk en dit om redenen die samenhangen met ideeën van tweërlei aard:

1) *Een reden van juridische aard.* Een wijziging van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid zelf betekent een belangrijke hervorming van het burgerlijk recht, die kan uitmonden op onoplosbare moeilijkheden en zelfs op tegenstrijdigheden indien het slachtoffer door zijn eigen fout aan de oorsprong van het ongeval ligt.

Het is noodzakelijk noch wenselijk een ommekeer teweeg te brengen in het aansprakelijkheidsrecht, dat de vrucht is van eeuwen ervaring. De wetgever is overigens niet bereid het te doen.

2) *Een reden van economische aard.* De hervorming zou veel te duur zijn zonder noodzaak. Immers

a) de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van degene die de schade veroorzaakt, brengt voor hem de verplichting mee alle gevolgen van het ongeval te herstellen, dus zowel de schade aan zaken als die welke voortvloeit uit lichamelijke letsels. Welnu, het is slechts met betrekking tot deze laatste schade dat de noodzaak tot vergoeding zich laat voelen. Er is geen overtuigende reden om een dergelijke uitbreiding van de aansprakelijkheid in te voeren m.b.t. de schade aan goederen;

b) zelfs als men het houdt bij de lichamelijke schade, is wat het slachtoffer dient te ontvangen het bedrag van de werkelijk geleden schade, dus het verschil tussen zijn verlies en hetgeen het ontvangen heeft uit elke andere bron, en in de eerste plaats van de sociale zekerheid. Welnu, bij toepassing van het burgerrechtelijk aansprakelijkheidsrecht dient de aansprakelijke niet enkel het door het slachtoffer geleden verlies terug te betalen, maar ook de uitkeringen gestort door de sociale zekerheid, die, tenminste in continentaal Europa, over een recht van indeplaatsstelling beschikt voor haar uitgaven. Geen enkel argument kan gehaald worden uit de bescherming van de slachtoffers ter verdediging van dergelijke terugbetaling.

23. Gelukkig bestaat er een wisseloplossing die veel minder duur is dan de uitbreiding van de aansprakelijkheid en die mogelijk is gemaakt door de ontwikkeling van de verzekering: de invoering ten voordele van slachtoffers van lichamelijke ongevallen, van een verzekering van vergoeden-de aard.

Tot op heden bestaat in ons land geen dergelijke verzekering. Wij menen nochtans dat zij in België zeer goed mogelijk is. Zij biedt een mogelijkheid aan de problemen op te lossen die wij hebben vermeld, en de leemten van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid op te vullen.

Het mechanisme dat wij voorstaan, is geen theoretische constructie, uitgewerkt door een universiteitsprofessor in de stilte van zijn werkkamer. Inzake verkeersongevallen is dit een stelsel dat reeds meer dan tien jaar in werking is in de verschillende Scandinavische landen, en waarvan een onderscheiden vorm is ingevoerd in Frankrijk. Hetzelfde stelsel werd ingevoerd in Zweden inzake therapeutische ongevallen. Het werkt dus reeds in de praktijk, zij het slechts in enkele landen en in enkele bijzondere domeinen.

Deze verzekering kan ook bij ons toegepast en zelfs veralgemeend worden.

De voorgestelde werkwijze is het afsluiten door de schep- per van het risico of door het mogelijke slachtoffer van een dergelijke verzekering met uitsluiting van de mogelijkheid tot samenvoeging met de uitkeringen voortkomend uit elke andere bron, uitgezonderd de individuele voorzienigheid.

Deze werkwijze vertoont twee voordelen tegenover de ongevallenverzekering die vaste vooraf bepaalde bedragen toekent, die kunnen worden samengevoegd met de vergoedingen ter dekking van de geleden schade:

a) verhoudingsgewijs kost zij veel minder, aangezien er geen samenvoeging van vergoedingen is;

b) zij maakt het mogelijk de gevolgen van zware ongevallen volledig te dekken, hetgeen niet kan worden bereikt met een «klassieke» ongevallenverzekering.

Bovendien wordt deze techniek gekenmerkt door haar soepelheid: het is mogelijk ze toe te passen op één categorie van ongevallen, maar niet op andere, of slechts voor sommige types van schade; men kan vrijstellingen en boven-

grenzen invoeren ten einde de kostprijs van een hervorming te beperken.

Kortom het is mogelijk verder of minder ver te gaan naar gelang van de noden en de mogelijkheden.

Voordelen voortvloeiend uit het volledig behoud van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid en van de bestaande verzekeringen van forfaitaire aard

24. Er zou niet geraakt worden aan de aansprakelijkheid. De nieuwe verzekering verhindert ook niet het sluiten van een verzekering van forfaitaire aard.

Dit verschaft de grootste soepelheid.

a) De nieuwe verzekering kan bestaan naast alle stelsels van burgerrechtelijke aansprakelijkheid: aansprakelijkheid gebaseerd op fout, vermoede aansprakelijkheid of objectieve aansprakelijkheid; zij wijzigt ze in niets.

Omdat zij juist tot doel heeft de leemten te vullen van het aansprakelijkheidsrecht, gelet op de eigenheden van elk nationaal stelsel, zowel met betrekking tot de oorzaken en de uitgebreidheid van de aansprakelijkheid als met betrekking tot de niet door de B.A.-verzekeraar gedekte bedragen, zal de kostprijs ervan uiteraard verschillen van land tot land, doch het stelsel is toepasbaar in elk land dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid aanvaardt.

b) Zij blijft ook zonder invloed op het bestaan van de klassieke «persoonlijke ongevallenverzekering» van forfaitaire aard. Deze laatste kan best samengevoegd worden met de nieuwe vorm van verzekering die wij aanbevelen, juist zoals zij op heden samengevoegd wordt met de B.A.-verzekering: het slachtoffer van een verkeersongeval, dat vergoed is door de B.A.-verzekeraar, kan de vaste vooraf bepaalde bedragen, voorzien in zijn verzekering «inzittenden personenwagens» ontvangen en ze samenvoegen met de reeds ontvangen vergoeding. Juist hetzelfde zal geschieden bij de toepassing van de nieuwe vorm van verzekering.

c) De nieuwe formule is tevens soepel doordat zij zowel kan worden ingevoerd langs wetgevende weg (dit was het geval in Zweden inzake motorrijtuigenverzekering) als bij overeenkomst: overeenkomsten van algemene aard — zoals die welke in Zweden de vergoeding regelen van letsels die hun oorzaak vinden in een geneeskundige behandeling of in de secundaire gevolgen van geneesmiddelen — of overeenkomsten door de mogelijke slachtoffers op individuele wijze gesloten, zoals het P.A.C.S.-stelsel in Frankrijk.

d) De verzekering kan afgesloten worden hetzij ten voordele van derden, hetzij ten voordele van de verzekeringnemer zelf.

e) Zij kan de ongevallen dekken die zich in het buitenland voordoen en de volgens het nationale recht van de verzekerde berekende bedragen toekennen.

f) De nieuwe verzekering zou bijzondere risico's kunnen dekken — het risico motorvoertuigen, geneeskundig of farmaceutisch risico enz. — of van algemene aard zijn en de lichamelijke ongevallen dekken, wat daar ook de oorzaak van zij.

g) Deze nieuwe verzekering verschaft een grote verscheidenheid aan mogelijke formules, en men kan van de ene naar de andere overstappen.

Aldus zou in een eerste stadium een vrijwillige verzekering zeer goed denkbaar zijn, die later verplicht zou wor-

den. De verplichte dekking zou eventueel gedeeltelijk kunnen zijn, bijvoorbeeld inzake verkeersongevallen: dekking van voetgangers en fietsers, maar niet van de bestuurder.

Deze verzekering laat dus een uitbreiding van de schade-loosstelling van de slachtoffers stap na stap, in etappes, toe. Het is een uitstekende werkwijze inzake uitbreiding van schadevergoeding, daar zij het mogelijk maakt in ieder stadium de kostprijs van de invoering van een nieuwe dekking te begroten.

Slotbemerking

Verhouding tussen verzekeringsrecht en aansprakelijkheidsrecht

25. De ontwikkeling die wij beschreven hebben, en het besluit waartoe wij gekomen zijn, tonen aan hoe het verzekeringsrecht zich verwijderd van het aansprakelijkheidsrecht:

— terwijl de burgerrechtelijke aansprakelijkheid zowel de schade aan zaken als de lichamelijke letsels dekt, zou de verzekering van slachtoffers van ongevallen slechts toepasbaar zijn op lichamelijke schade;

— terwijl de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de volledige schade speelt, is het zeer goed mogelijk dat de verzekering er slechts gedeelten van dekt met «vrijstellingen» of «bovengrenzen»;

— bij de burgerrechtelijke aansprakelijkheid blijft de oorzaak van het ongeval verder een rol spelen, aangezien de fout van het slachtoffer de dader van het ongeval ontlast; bij de verzekering lichamelijke ongevallen speelt het bestanddeel «fout» in beginsel geen rol meer.

Deze gegevens schijnen ons vanzelfsprekend, maar worden niet altijd gevat: een der verwijten die men de wet Badinter kan maken is dat zij getracht heeft het vraagstuk van de schadeloosstelling van voetgangers en fietsers op te lossen door een wijziging van het aansprakelijkheidsstelsel, hetgeen heel wat verwikkelingen meebrengt (gevolgen van de fout van de voetganger of van de fietser, begrip onverschoonbare fout enz.) terwijl deze zouden worden vermeden door de invoering van een verzekering naar het voorbeeld van die welke wij aanbevelen.

De verzekering kan zo ver gaan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid een gedeelte van haar inhoud te ontnemen. Het gebied van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wordt gedeeltelijk ingenomen door de techniek van de verzekering en daarmee samengaand wordt het burgerrechtelijke-aansprakelijkheidsrecht geleidelijk van zijn taak beroofd, om in sommige landen zoals Zweden uit te lopen op een toestand waarin volgens Kötz de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor lichamelijke schade zich bevindt in een «uitdrogingsproces» («allmähliche Austrocknung» — «withering away»).

De verzekering zal nochtans nooit het burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht vervangen.

De persoonlijke aansprakelijkheid is een van de grondslagen van het leven in gemeenschap. Zij is in overeenstemming met het rechtsgevoel van het geheel der bevolking en met onze innige overtuiging. De verzekering kan er mee samengaan, doch zal nooit in haar plaats kunnen komen.

S. FREDERICQ

DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKNEMER EN VAN DE WERKGEVER VOOR DE ONRECHTMATIGE DADEN VAN DE WERKNEMER IN HET RAAM VAN DE UITVOERING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

INHOUD

INLEIDING (nrs. 1-2)

DEEL I. DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKNEMER BIJ DE UITVOERING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST (nrs. 3-37)

Hoofdstuk I. De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever (nrs. 3-22)

- § 1. In principe een contractuele aansprakelijkheid — Het vraagstuk van de samenloop met de buitencontractuele aansprakelijkheid (nrs. 3-5)
- § 2. Het toepassingsgebied van de algemene aansprakelijkheidsnorm van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet (nrs. 6-12)
 - A. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid (nr. 7)
 - B. Het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet: werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst (nrs. 8-10)
 - C. In de uitvoering van de arbeidsovereenkomst (nrs. 11-12)
- § 3. Toepassingsvoorwaarden voor de aansprakelijkheid van de werknemer op grond van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet (nrs. 13-20)
 - A. Een gekwalificeerde fout (nrs. 13-19)
 - a) De opzettelijke fout (nrs. 14-15)
 - b) De zware fout (nrs. 16-18)
 - c) De gewoonlijk voorkomende lichte fout (nr. 19)
 - B. Schade aan de werkgever (nr. 20)
- § 4. Aansprakelijkheidsregeling van dwingend recht (nrs. 21-22)

Hoofdstuk II. De buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden (nrs. 23-27)

- § 1. Inleiding (nr. 23)
- § 2. Het toepassingsgebied van de algemene aansprakelijkheidsnorm van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet (nrs. 24-31)
 - A. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid (nrs. 25-28)
 - B. Het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet: werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst (nrs. 29-30)
 - C. In de uitvoering van de arbeidsovereenkomst (nr. 31)
- § 3. Toepassingsvoorwaarden voor de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden op grond van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet (nrs. 32-36)
 - A. Een gekwalificeerde fout (nrs. 33-35)
 - a) De opzettelijke fout (nr. 33)
 - b) De zware fout (nr. 34)
 - c) De gewoonlijk voorkomende lichte fout (nr. 35)
 - B. Schade aan derden (nr. 36)
- § 4. Aansprakelijkheidsregeling van dwingend recht (nr. 37)

DEEL II. DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKGEVER VOOR DE ONRECHTMATIGE DADEN VAN DE WERKNEMER IN DE UITVOERING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST (nrs. 38-64)

Hoofdstuk I. De contractuele aansprakelijkheid van de werkgever-schuldenaar voor het optreden van zijn hulppersonen (aangestelden en andere uitvoeringsagenten) (nrs. 38-48)

- § 1. Probleemstelling — Principe van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen (nrs. 38-39)
- § 2. Rechtstheoretische grondslag van het principe van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen (nrs. 40-41)
- § 3. Toepassingsvoorwaarden voor de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen (nrs. 42-45)
- § 4. Regresvordering van de schuldenaar tegen zijn hulppersonen (nr. 46)
- § 5. Aansprakelijkheid van de werknemer voor de schade veroorzaakt aan de medecontractant van zijn werkgever? (nr. 47)
- § 6. Conventionele regeling van de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen (nr. 48)

Hoofdstuk II. De buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden (nrs. 49-64)

- § 1. Principe en rechtstheoretische grondslag van de aansprakelijkheid van de aansteller (nrs. 49-50)
- § 2. Het begrip «aanstelling» — Het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 1384, derde lid, B.W. (nrs. 51-54)
 - A. Algemeen (nr. 51)
 - B. Organen van rechtspersonen (nr. 52)
 - C. Gelegenheidsaanstelling — «Uitlening» van een werknemer (nrs. 53-54)
- § 3. Toepassingsvoorwaarden voor de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden (nrs. 55-61)
 - A. Schade aan derden (nr. 56)
 - B. Fout van de aangestelde (nrs. 57-60)
 - C. Fout in de uitoefening van de functie (nr. 61)
- § 4. Onweerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden — Bevrijdingsmogelijkheden voor de aansteller (nr. 62)
- § 5. Regresvordering van de aansteller tegen zijn aangestelde (nr. 63)
- § 6. Conventionele regeling van de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden (nr. 64)

ALGEMEEN BESLUIT (nrs. 65-67)

INLEIDING

1. Op het ogenblik waarop de Vlaamse Juristenvereniging het XXXIIIe Wetenschappelijk Rechtscongres organiseert, zal het bijna tien jaar geleden zijn dat de wet van 3 juli 1978 «betreffende de arbeidsovereenkomsten»¹ werd goedgekeurd. Een van de belangrijkste innovaties van deze wet is geweest dat de aansprakelijkheid van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst niet alleen tegenover de werkgever² maar ook tegenover derden werd beperkt tot de opzettelijke fout («bedrog») van de werknemer, diens zware fout en diens lichte fout, als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt (art. 18, eerste en tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet).

2. Het eerste deel van dit preadvies is gewijd aan een onderzoek van de *civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer* in het raam van de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst. De werknemer kan deze aansprakelijkheid in het gedrang brengen zowel t.o.v. zijn werkgever, in welk geval het in principe om een contractuele aansprakelijkheid gaat³, als t.o.v. derden, in welk geval we steeds met een buitencontractuele aansprakelijkheid te maken hebben. In beide gevallen zal dit onderzoek hoofdzakelijk betrekking hebben op de studie van het toepassingsgebied en de toepassingsvoorwaarden van de algemene aansprakelijkheidsnorm van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Bijzondere aansprakelijkheidsregels, zoals de artikelen 17, 5°, en 19 van de Arbeidsovereenkomstenwet⁴, blijven buiten beschouwing. Er wordt ook niet ingegaan op procesrechtelijke problemen, zoals het bepalen van de materieel bevoegde rechtscolleges om kennis te nemen van deze aansprakelijkheidsvorderingen⁵.

In het tweede deel van dit preadvies wordt de *civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever* voor de on-

rechtmatige daden van de werknemer onderzocht. Daarin wordt in de eerste plaats gehandeld over de aansprakelijkheid van een contractuele schuldenaar voor de daden van zijn aangestelden en uitvoeringsagenten. Het gaat dan om de vraag of een werkgever tegenover zijn medecontractant aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade veroorzaakt door de niet-nakoming of de onzorgvuldige uitvoering van zijn contractuele verplichtingen, als die contractuele wanprestatie aan zijn werknemer(s) is te wijten. In de tweede plaats wordt aandacht besteed aan de buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller in het algemeen, en van de werknemer in het bijzonder, voor de schade aan derden veroorzaakt door de onrechtmatige daad van de aangestelde c.q. de werknemer (art. 1384, lid 3, B.W.).

Deel I

DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID
VAN DE WERKNEMER BIJ DE UITVOERING
VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

Hoofdstuk I

DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID
VAN DE WERKNEMER TEGENOVER ZIJN
WERKGEVER§ 1. In principe een contractuele aansprakelijkheid —
Het vraagstuk van de samenloop met de buitencontractuele aansprakelijkheid

3. Zoals in het vorig randnummer reeds werd aangestipt, kan een werknemer in de eerste plaats zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid t.o.v. zijn werkgever in het gedrang brengen door de verplichtingen die uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeien, niet of niet behoorlijk uit te voeren. In beginsel is deze aansprakelijkheid van *contractuele aard*. Tussen de werkgever en de werknemer bestaat er bij hypothese immers een geldig contract, namelijk een arbeidsovereenkomst, en de schade waarvoor door de werkgever vergoeding wordt gevorderd, vloeit bij hypothese voort uit het feit dat de werknemer zijn contractuele verplichtingen niet of niet behoorlijk is nagekomen.

Opdat de regels van de contractuele aansprakelijkheid van toepassing zouden zijn, dient inderdaad, volgens het gemene recht, aan drie voorwaarden voldaan te zijn: (a) er moet een geldig contract bestaan tussen de schadelijder en degene aan wie het veroorzaken van de schade wordt toegeschreven; (b) een verbintenis die uit dit contract voortvloeit of binnen het «contractuele veld» is gelegen, werd niet of niet behoorlijk uitgevoerd; (c) de niet-nakoming van deze contractuele verbintenis moet te wijten zijn aan een foutieve gedraging van de schuldenaar van deze verbintenis, waaruit voor de schuldeiser schade is ontstaan⁶. Hierna wordt onderzocht in hoever de bepalingen van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet afwijken van deze ge-

¹ B.S., 22 augustus 1978. Deze wet wordt hierna verkort geciteerd als «Arbeidsovereenkomstenwet».

² Tegenover de werkgever gold voordien reeds een beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid tot de opzettelijke fout, de zware fout en de gewoonlijk voorkomende lichte fout. Voor de werklieden is dit het geval sinds de wet van 4 maart 1954 «tot wijziging en aanvulling van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst» (B.S., 12 maart 1954); voor de bedienden geldt deze beperking sinds de wet van 21 november 1969 tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten» (B.S., 9 januari 1970). Betreffende deze historische achtergrond, zie o.m. VAN OEVELEN, A., «De contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, (111), 116-117, nr. 197, en de verwijzingen.

³ Naast deze contractuele aansprakelijkheid zal, in het raam van de problematiek van de samenloop met de buitencontractuele aansprakelijkheid, dienen te worden onderzocht of, en zo ja, in welke mate de werkgever een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tegen zijn werknemer zou kunnen instellen (zie daarover *infra*, nr. 4 en de verwijzingen aldaar).

⁴ Zie daarover o.m. VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 129-131, nrs. 213-214, en de verwijzingen aldaar.

⁵ Zie daarover o.m. VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 135-136, nr. 219, en 148-150, nr. 239, evenals de verwijzingen aldaar.

⁶ Zie daarover o.m. MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Parijs, Montchrestien, 1965, 137-189, nrs. 108-150; VINEY, G., *Les obligations. La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil*, IV, GHESTIN, J. (red.), Parijs, L.G.D.J., 1982, 211-225, nrs. 182-189.

meenrechtelijke regels van de contractuele aansprakelijkheid.

4. Vooraf dient echter even te worden ingegaan op de vraag of de werkgever zijn vordering tot schadeloosstelling tegen zijn werknemer ook zou kunnen baseren op de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid (artt. 1382 e.v. B.W.). Het is immers mogelijk dat de niet-nakoming, door een werknemer, van de verplichtingen die uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeien, waardoor aan de werkgever schade wordt berokkend, tevens een tekortkoming is aan de algemene zorgvuldigheidsverplichting van de artikelen 1382 en 1383 B.W.⁷. Kan de werkgever in zo'n geval zijn vordering tot schadeloosstelling naar eigen keuze baseren op de regels van de contractuele dan wel op die van de buitencontractuele aansprakelijkheid?

Dit vraagstuk van de *samenloop tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid* is, vooral sinds het bekende zgn. «stuwadoorsarrest» van het Hof van Cassatie van 7 december 1973, een van de neteligste twistvragen in het verbintenissenrecht geworden. In dit arrest besliste het Hof dat een contractspartij, evenals haar aangelegden en uitvoeringsagenten, wegens een bij de uitvoering van de overeenkomst begane fout slechts dan extra-contractueel aansprakelijk kan worden gesteld, «indien de (haar) verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis, doch van een iedereen opgelegde verplichting, en indien die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt»⁸. Volgens een deel van de rechtsleer heeft het Hof van Cassatie in dit arrest zijn vroegere principiële *pro-samenloopsleer* bevestigd, maar verijdend⁹. Een aantal andere auteurs — op dit ogenblik een

duidelijke meerderheid — is daarentegen van oordeel dat het hoogste rechtscollege in dit arrest een mogelijke samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in principe heeft afgewezen¹⁰. Een aandachtige lectuur van voornoemd arrest leidt tot het besluit dat deze laatste opvatting het inderdaad bij het rechte eind heeft. Voor de hier behandelde problematiek betekent dit dat een werkgever op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W. van zijn werknemer geen schadeloosstelling kan vorderen voor de schade die enkel voortvloeit uit de gebrekkige uitvoering van de arbeidsovereenkomst¹¹.

Zelfs door de tegenstanders van een eventuele samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid wordt een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering nog wel mogelijk geacht als de contractuele wanprestatie tevens *strafrechtelijk* wordt *gesanctioneerd*. Het argument dat daarvoor wordt gebruikt, is dat door de partijen geen afbreuk mag worden gedaan aan de bevoegdheid van de strafrechter om kennis te nemen van de burgerlijke rechtsvordering (althans op basis van de artikelen 1382-1383 B.W.) voortvloeiend uit een misdrijf, zodat wanneer een contractuele wanprestatie tevens strafrechtelijk wordt bevestigd, het slachtoffer zijn vordering tot schadeloosstelling slechts voor de strafrechter zal kunnen uitoefenen als het die vordering ook op de artikelen 1382-1383 B.W. kan baseren¹². Voor de hier behandelde problematiek betekent

⁷ Dit is bv. het geval wanneer een werknemer opzettelijk knoeit met een aantal produkten, waardoor een ontploffing wordt veroorzaakt die aan het bedrijf van de werkgever aanzienlijke schade berokkent (voorbeeld ontleend aan NAESSENS, A., «Verplichtingen en aansprakelijkheid van werknemer en werkgever in de loop van de arbeidsovereenkomst», in *Arbeidsrecht*, II-3, BLANPAIN, R. (red.), Brussel, C.A.D., s.d., 35, nr. 49).

⁸ Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 395, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P., *Pas.*, 1974, I, 376, *R.W.*, 1973-74, 1597, met noot HERBOTS, J., *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9317, met noot FAGNART, J.L., *J.T.*, 1974, 443, *Eur. Vervoerrecht*, 1974, 534, met noot FALLON, M., *R.C.J.B.*, 1976, 15, met noot DALCQ, R.O. en GLANSORFF, F.; zie nadien in dezelfde zin: Cass., 8 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 934, *Pas.*, 1983, I, 834; *R.W.*, 1983-84, 163, met noot HERBOTS, J.; Cass., 14 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 179, *Pas.*, 1986, I, 155. Voor een overzicht van de verschillende opvattingen dienaangaande, zie o.m. VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, (1139), 1454-1460, nrs. 238-240; DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., «Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtigde jaren 1978-1979 en 1979-1980) (slot)», *R.W.*, 1980-81, (2435), 2454-2457, nrs. 45-48; COUSY, H., «Verbod van samenloop tussen contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag», *T.P.R.*, 1984, (155), 157-186, nrs. 2-8.

⁹ Zie in die zin HERBOTS, J., «De nalatige stuwadoer» (noot onder Cass., 7 december 1973), *R.W.*, 1973-74, 1600-1604; VAN RYN, J., «Responsabilité aquilienne et contrats», *J.T.*, 1975, 505-506; COUSY, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*,

Brussel, Bruylant, 1978, 330-331, nr. 227; HERBOTS, J., «Samenloop contractuele en delictuele aansprakelijkheid», in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, VANDENBERGHE, H. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1979, 133-158; HERBOTS, J.H., «Quasi-delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten», *T.P.R.*, 1980, 1055-1094.

¹⁰ Zie in die zin W.G., noot onder Cass., 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, (1038), 1042-1044; RASIR, R., «Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne», *J.T.*, 1975, 505-506; DALCQ, R.O. en GLANSORFF, F., «Responsabilité aquilienne et contrats» (noot onder Cass., 4 juni 1971 en 7 december 1973), *R.C.J.B.*, 1976, 20-33; RUTSAERT, J. en MEEUS, A., «La responsabilité civile contractuelle du prestataire de services en droit privé», *De Verz.*, 1977, (219), 224-227; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1445-1463, nrs. 232-242; DALCQ, R.O., «Examen de jurisprudence (1973 à 1979). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1980, 355-357, nrs. 1-3; KRUIHOF, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, (495), 609-611, nr. 106.

¹¹ De vroegere rechtspraak die in dat geval aan de werkgever meestal de keuze liet om zijn vordering tot schadeloosstelling te baseren op de contractuele of op de buitencontractuele aansprakelijkheid, kan thans duidelijk niet meer gehandhaafd blijven, behoudens wanneer de contractuele tekortkoming van de werknemer ook strafrechtelijk wordt gesanctioneerd (zie over deze rechtspraak: NAESSENS, A., o.c., *Arbeidsrecht*, II-3, 38-39, nr. 52).

¹² W.G., noot onder Cass., 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1044; RASIR, R., o.c., *J.T.*, 1976, 164; zie ook DALCQ, R.O. en GLANSORFF, F., o.c., *R.C.J.B.*, 1976, 32-33, nr. 13; RUTSAERT, J. en MEEUS, A., o.c., *De Verz.*, 1977, 225; zie daarover uitvoerder VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1461-1463, nr. 242; COUSY, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, 178-181, nrs. 19-20; VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) (tweede deel)», *R.W.*, 1985-86, (81), 101-105, nrs. 49-51; voor toepassingen in de rechtspraak, zie o.m. Cass., 1 juni 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 1291, *Pas.*, 1984, I, 1202, *R.W.*, 1984-85, 479; Arbh. Antwerpen, 17 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 1722; Arbh. Brussel,

dit dat een werkgever een vordering uit onrechtmatige daad tegen zijn werknemer kan instellen indien deze laatste zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal ten nadele van zijn werkgever (zie artt. 461 e.v. Sw.) of aan beschadiging of vernieling van roerende goederen van zijn werkgever, als dit met behulp van geweld of bedreiging is gebeurd (zie artt. 528 e.v. Sw.).

5. In zoverre, zoals in het vorig randnummer is weergegeven, de werkgever nog een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tegen zijn werknemer kan instellen, rijst dan de vraag of de aansprakelijkheid van de werknemer eveneens is onderworpen aan de beperkende voorwaarden van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het antwoord op deze vraag luidt ongetwijfeld bevestigend, daar de algemene bewoordingen van deze bepaling geen onderscheid maken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid¹³. In dit opzicht heeft het dus geen belang of een werkgever eventueel ook op buitencontractuele grondslag een aansprakelijkheidsvordering tegen zijn werknemer zou kunnen instellen¹⁴.

§ 2. Het toepassingsgebied van de algemene aansprakelijkheidsnorm van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet

6. Alvorens de voorwaarden te bespreken waaronder een werknemer tegenover zijn werkgever civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, verdient het aanbeveling eerst het toepassingsgebied van de algemene aansprakelijkheidsnorm van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet nader te omschrijven. Deze bepaling betreft immers enkel (a) de *burgerrechtelijke aansprakelijkheid*, (b) van de *werknemers* die door een *arbeidsovereenkomst* zijn verbonden,

(c) voor de schade die zij in de uitvoering van de *arbeidsovereenkomst* zouden hebben veroorzaakt¹⁵.

A. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid

7. Artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet betreft *enkel de burgerrechtelijke en niet de strafrechtelijke aansprakelijkheid* van de werknemer¹⁶. Op strafrechtelijk gebied, bv. bij overtreding van het Wegverkeersreglement, blijft de werknemer overeenkomstig het gemeene recht aansprakelijk.

Deze beperking van het toepassingsgebied van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet tot de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer, is hoofdzakelijk van belang voor die gevallen waarin bijzondere wettelijke bepalingen, zoals artikel 67 van de Wegverkeerswet¹⁷, de werkgever burgerlijk aansprakelijk verklaren voor de geldboete waartoe de werknemer werd veroordeeld wegens een misdrijf in de uitoefening van de functie begaan. Aangenomen wordt dat de werkgever die de geldboete betaalde waartoe zijn werknemer werd veroordeeld, op basis van artikel 1251, 3°, B.W. tegen deze laatste een regresvordering kan instellen om terugbetaling te krijgen van deze geldsom¹⁸. Deze regresmogelijkheid is niet onderworpen aan de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarden van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet (opzettelijke fout, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout van de werknemer), juist omdat de geldsom waarvan de werkgever terugbetaling vordert, betrekking heeft op de strafrechtelijke en niet op de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer¹⁹.

14 maart 1979, *J.T.T.*, 1979, 255; Arbh. Brussel, 27 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 1477; Brussel, 22 april 1981, *R.W.*, 1982-83, 313; Arbrb. Brussel, 21 april 1975, *Pas.*, 1975, III, 47; Rb. Brussel, 28 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9909; Rb. Turnhout, 24 februari 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.480.

¹³ NAESSENS, A., «Verplichtingen en aansprakelijkheid van werkgever en werknemer», in *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (57), 66-67; NAESSENS, A., o.c., *Arbeidsrecht*, II-3, 38-39, nr. 52; CLESSE, J. en JAMOULLE, M., «Examen de jurisprudence (1978 à 1981). Contrat de travail», *R.C.J.B.*, 1983, (563), 577, nr. 13; JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, II, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales, 1986, 135, nr. 120; Kh. Gent, 20 februari 1986, *De Verz.*, 1987, 512; zie in dezelfde zin, vóór de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, VANDEURZEN, A., «De verantwoordelijkheid der arbeiders ten aanzien van de hun toevertrouwde materialen» (noot onder Rb. Hasselt, 27 april 1959), *R.W.*, 1960-61, (1427), 1432-1433; PAPIER-JAMOULLE, M., «Contrat de travail et contrat d'emploi», in *R.P.D.B., Complément III*, Brussel, Bruylant, 1969, 591, nr. 280; Luik, 30 juni 1960, *R.W.*, 1960-61, 1578, met noot, *Bull. Ass.*, 1961, 579, met noot M.G.; Rb. Antwerpen, 26 juni 1964, *R.W.*, 1964-65, 1227, *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7541.

¹⁴ De grondslag van de aansprakelijkheidsvordering is echter nog wel van belang voor de verjaring van deze vordering en voor het bepalen van de bevoegde rechtscolleges (zie daarover o.m. VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 135-136, nrs. 218-219, en 148-150, nrs. 238-239, en telkens de verwijzingen aldaar).

¹⁵ FAGNART, J.-L., «Les faits générateurs de responsabilité. Aperçu des principales tendances actuelles», in *Responsabilité et réparation des dommages*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1983, (7), 71, nr. 83; zie ook DELVAUX, Ph., «Les articles 46 et 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail. Les immunités civiles notamment en liaison avec l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail et le cumul des responsabilités», in *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, Rapports de la journée d'étude du 23 septembre 1983, Luik, Editions de la Conférence Libre du Jeune Barreau, 1983, (101), 124-125, nrs. 38-41.

¹⁶ FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 71, nr. 84; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 125, nr. 39; FAGNART, J.-L. en DENEVE, M., «Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1976-1984)», *J.T.*, 1986, (297), 302, nr. 53, A; Brussel, 7 mei 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.461, met noot ANDRÉ, R. Arbrb. Gent, 17 maart 1980, *T.S.R.*, 1981, 91; Corr. Namen, 23 februari 1982, *Jur. Liège*, 1982, 318.

¹⁷ Andere voorbeelden zijn artikel 9 van de Veiligheidswet Werknemers (voor de misdrijven wegens overtreding van het A.R.A.B.) en artikel 44 van de Loonbeschermingswet (zie daarvoor vooral BOSLY, H.-D., *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1979, 85-89 en de verwijzingen aldaar).

¹⁸ FAGNART, J.-L., *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile (1968-1975)*, Brussel, Larcier, 1976, 85, nr. 99 (hierna verkort geciteerd als FAGNART, J.-L., *Examen II*); Vred. Luik, 21 oktober 1974, *Pas.*, 1974, III, 80.

¹⁹ FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 71, nr. 84; Arbrb. Gent, 17 maart 1980, *T.S.R.*, 1981, 91;

B. Het toepassingsgebied ratione personae van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet: werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst

8. Artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet blijft *ratione personae* beperkt tot de werknemers die verbonden zijn door een van de arbeidsovereenkomsten genoemd in artikel 1, eerste lid, van dezelfde wet, d.w.z. de arbeidsovereenkomsten voor werklieden, bedienden, handelsvertegenwoordigers en dienstboden²⁰. Krachtens artikel 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet is artikel 18 van deze wet eveneens van toepassing op de werknemers tewerkgesteld door het Rijk, de provincies, de gemeenten, de openbare instellingen die eronder ressorteren, de instellingen van openbaar nut en de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, voor zover de toestand van deze werknemers niet statutair is geregeld.

9. Uit het voorgaande volgt dat een aantal personen die hun arbeid in ondergeschikt verband verrichten, toch geen aanspraak kunnen maken op de verregaande civielrechtelijke immuniteit die artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet toekent.

Behoudens andersluidende wetsbepaling²¹ is dit in de eerste plaats het geval voor de werknemers die verbonden zijn door een *andere arbeidsovereenkomst* dan die welke in artikel 1, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet worden genoemd²², bv. een leerovereenkomst in het raam van de middenstandopleiding²³ of een arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst²⁴ of wegens dienst op binnenschepen²⁵. Artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet is daarentegen wel van toepassing op de betaalde sportbeoefenaars²⁶, evenals op de studenten die tegen loon arbeid ver-

richten onder het gezag van een werkgever²⁷.

In de tweede plaats zijn uit het toepassingsgebied van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet uitgesloten de personen die hun arbeidsprestatie verrichten onder het gezag, de leiding en het toezicht van iemand anders, maar *zonder door een arbeidsovereenkomst te zijn verbonden*. Zulk een ondergeschiktheidsverband kan voortvloeien, hetzij uit een andere overeenkomst²⁸, hetzij uit de feitelijke omstandigheden waarin de arbeidsprestatie wordt verricht, zodanig dat men moet besluiten tot het bestaan van een aanstelling in de zin van artikel 1384, derde lid, B.W., bv. bij bepaalde diensten in familieverband verstrekt of bij vrijwillige en kosteloos verrichte arbeidsprestaties²⁹.

Artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet is ten slotte ook niet van toepassing op de personen die in *overheidsdienst* zijn tewerkgesteld, voor zover hun arbeidsrechtelijke situatie statutair is geregeld³⁰. Dit geldt dan zowel voor de organen³¹ als voor de aangestelden van de overheid³², voor zover zij uiteraard over een statutaire rechtspositie beschikken. Voor de organen van de overheid wordt overigens reeds geruime tijd aanvaard dat zij overeenkomstig het gemeene recht (artt. 1382-1383 B.W.) aansprakelijk zijn voor de schade die zij in de uitoefening van hun functie aan de overheid zouden hebben toegebracht³³.

B.S., 9 maart 1978). Wat de toepassing van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet betreft, zie *contra*, doch m.i. ten onrechte, FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 72, nr. 85; PANIER, G., «Artikel 18 der wet van 3 juli 1978 over de Arbeidsovereenkomsten: (g)een juridisch monster?», *Limb. Rechtsl.*, 1983, (44), 46.

²⁷ De tussen een student en een werknemer gesloten overeenkomst wordt immers, tot bewijs van het tegendeel, vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn (zie art. 121 Arbeidsovereenkomstenwet).

²⁸ Bv. een stageovereenkomst (zie Pol. Hasselt, afd. Sint-Truiden, 2 maart 1983, *R.W.*, 1983-84, 309, en de verwijzingen in het vonnis).

²⁹ CLESSE, J. en JAMOULLE, M., o.c., *R.C.J.B.*, 1983, 579, nr. 15; betreffende het begrip «aanstelling», zie *infra*, nr. 51, en de verwijzingen aldaar.

³⁰ DALCQ, R.O., «Le législateur contre le droit (A propos de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978)», *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.040; FRANKINET, D., noot onder Cort. Nijvel, 20 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1982, (78), 80-81; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 72, nr. 85; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 124-125, nr. 38; FAGNART, J.-L. en DENEVE, M., o.c., *J.T.*, 1986, 302, nr. 53, B.

³¹ Als «organen» van de overheid dienen te worden beschouwd, degenen die krachtens de wet of de reglementen genomen ter uitvoering van de wet, een gedeelte van het overheidsgezag uitoefenen, hoe klein dit ook moge zijn, of die de bevoegdheid hebben de overheid te verbinden tegenover derden (zie Cass., 30 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, 570; Cass., 27 mei 1963, *Pas.*, 1963, I, 1033; Brussel, 29 januari 1957, *J.T.*, 1957, 350, met advies van de advocaat-generaal BONDUE, P.; *Pas.*, 1958, II, 186; Luik, 4 april 1959, *Pas.*, 1959, II, 258; Bergen, 26 maart 1975, *Pas.*, 1976, II, 6; zie daarover uitvoeriger *infra*, nr. 52, en de verwijzingen aldaar).

³² Bv. de medewerkers van een ministerieel kabinet (Pol. Hasselt, afd. Sint-Truiden, 5 december 1979, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.293).

³³ Cass., 3 oktober 1955, *Arr. Verbr.*, 1956, 64, *Pas.*, 1956, I, 79, *J.T.*, 1956, 176, *R.C.J.B.*, 1958, 38, met noot GOOSSENS, C.; Cass., 24 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 601, *Pas.*, 1980, I,

contra, doch m.i. ten onrechte: ANDRÉ, R., *Les Responsabilités*, Brussel, Bureau d'études R. André, 1981, 886, nr. 578quinquies; Arbrb. Antwerpen, 12 oktober 1972, *J.T.T.*, 1973, 174; Arbrb. Antwerpen, 13 november 1972, *J.T.T.*, 1974, 62.

²⁰ Cass., 29 november 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 371, *Pas.*, 1984, I, 342; FAGNART, J.-L., «Problèmes de responsabilité au cas de faute commise par un préposé mis à la disposition d'un tiers» (noot onder Cass., 8 november 1979 en 17 januari 1980), *R.C.J.B.*, 1980, (300), 310, nr. 14; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 72, nr. 85; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 124-125, nr. 38; FAGNART, J.-L. en DENEVE, M., o.c., *J.T.*, 1986, 302, nr. 53, B.

²¹ Zie bv. artikel 19 van de wet van 19 juli 1983 op het leerlingenwezen voor beroepen uitgeoefend door arbeiders in loondienst (B.S., 31 augustus 1983), waarin dezelfde aansprakelijkheidsregeling is opgenomen als in artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

²² FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 82, nr. 85.

²³ K.B. van 4 oktober 1976 betreffende de voortdurende vorming in de middenstand, B.S., 11 november 1976.

²⁴ Wet van 5 juni 1928 houdende regeling van de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst, B.S., 26 juli 1928.

²⁵ Wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen, B.S., 16 april 1936.

²⁶ Krachtens een onweerlegbaar wettelijk vermoeden wordt de tussen een werkgever en een betaalde sportbeoefenaar gesloten overeenkomst immers geacht een arbeidsovereenkomst voor bedienden te zijn (zie art. 3 van de wet van 24 februari 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars,

10. Uit wat voorafgaat blijkt dat de personen die, in de privé-sector of in overheidsdienst, hun arbeid in ondergeschikt verband verrichten, aan een verschillende regeling zijn onderworpen op het vlak van hun civielrechtelijke aansprakelijkheid tegenover hun werkgever, naargelang zij al dan niet zijn verbonden door een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, *casu quo* naargelang zij al dan niet over een statutaire rechtspositie beschikken³⁴. Terecht werd hierbij opgemerkt dat de ongelijkheid in behandeling, op het vlak van de aansprakelijkheid, tussen aangestelden en organen van de overheid, die reeds geruime tijd wordt bekritiseerd³⁵, door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet nog wordt geaccentueerd. De werknemers die zich op de aansprakelijkheidsbeperking van deze bepaling kunnen beroepen, zijn immers meestal als aangestelden van de overheid te beschouwen, terwijl de organen van de overheid overeenkomstig het gemene recht aansprakelijk zijn³⁶. Voor dit als discriminatoir overkomend onderscheid kan geen redelijke verantwoording worden gegeven.

C. In de uitvoering van de arbeidsovereenkomst

11. De door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet ten voordele van de werknemer ingevoerde aansprakelijkheidsbeperking geldt enkel voor de fouten die hij *in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst* zou hebben begaan³⁷. Voor de schade die de werknemer buiten de uitvoe-

ring van zijn arbeidsovereenkomst zou hebben berokkend, bv. wanneer hij zich op de weg naar het werk bevindt, zal hij in voorkomend geval overeenkomstig het gemene recht aansprakelijk kunnen worden gesteld³⁸.

12. Wat dient te worden verstaan onder de in artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet gebruikte bevoordelingen «bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst»? Mag hieraan dezelfde ruime betekenis worden toegekend als aan het begrip «in de bediening» in artikel 1384, derde lid, B.W., welke bepaling de aansteller aansprakelijk stelt voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden? Men weet dat volgens een constante rechtspraak van het Hof van Cassatie niet vereist is dat de onrechtmatige daad van de aangestelde tot zijn bediening behoort, maar dat voldoende is dat die daad tijdens de duur van de bediening werd gepleegd en in verband met die bediening staat, zij het slechts onrechtstreeks en occasioneel³⁹.

Op deze interpretatievragen kan een antwoord worden gevonden in het cassatiearrest van 24 december 1980⁴⁰. In deze zaak had een werknemer, adjunct-directeur van een onderneming, een verkeersongeval veroorzaakt op een ogenblik dat hij terugkeerde van een bijeenkomst van de Industriële Beurs van België. De feitenrechter had vastgesteld dat deze werknemer, die een vertrouwensfunctie vervulde en niet aan bepaalde werkuren gebonden was, als afgevaardigde van zijn werkgever aan deze bijeenkomst had deelgenomen. Door de feitenrechter werd tevens vastgesteld dat het gebruikelijk was dat deze bijeenkomst, na de officiële sluiting, door de deelnemers nog werd voortgezet in de nabijgelegen (drank)gelegenheden. Het Hof van Cassatie besliste dat de feitenrechter uit die vaststellingen wettig heeft kunnen afleiden dat de betrokken werknemer nog in dienst van zijn werkgever was toen hij na afloop van die vergadering huiswaarts keerde en het litigieuze ongeval veroorzaakte.

Uit dit arrest blijkt dat het Hof van Cassatie aan de woorden «bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst» in artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet een zelfde ruime interpretatie geeft als aan het begrip «in de bediening» in artikel 1384, derde lid, B.W.⁴¹. Voldoende is dat

590, J.T., 1980, 358, R.W., 1980-81, 760, R.G.A.R., 1982, nr. 10.491; Cass., 17 juni 1982, Arr. Cass., 1981-82, 1305, Pas., 1982, I, 1221, J.T., 1982, 800, R.W., 1984-85, 1143, met noot, R.C.J.B., 1986, 680, met noot CORNELIS, L.; GOOSSENS, C., «La responsabilité des organes des personnes morales et, spécialement, des organes des personnes de droit public» (noot onder Cass., 3 oktober 1955), R.C.J.B., 1958, (39), 53; DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, I, *Les causes de responsabilité*, in *Les Nouvelles, Droit civil*, V-1, Brussel, Larcier, 1967, 465, nr. 1396 (hierna verkort geciteerd als DALCQ, R.O., *Traité*, I); FLAMME, M.-A., «La responsabilité personnelle des fonctionnaires», *Rev. Adm. B.*, 1968, (77), 111, nr. 51; MAST, A., DUJARDIN, J. en ALEN, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 537, nr. 555; VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen/Brussel, Maklu Uitgevers/Ced-Samsom, 1987, 168-171, nrs. 146-148, en de talrijke verwijzingen aldaar.

³⁴ Vgl. FRANKINET, D., o.c., *Jur. Liège*, 1982, 80-81.

³⁵ Dit geldt voornamelijk voor de voorwaarden waaronder de fout van het orgaan c.q. de aangestelde, de aansprakelijkheid van de overheid teweegbrengt (zie daarover *infra*, nr. 61, en de verwijzingen aldaar).

³⁶ DALCQ, R.O., o.c., R.G.A.R., 1979, nr. 10.040; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 72, nr. 85; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 125, nr. 38.

³⁷ Memorie van toelichting bij het «ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 6; Cass., 25 juni 1986, Arr. Cass., 1985-86, 1466, nr. 672, R.W., 1986-87, 2087, J.T., 1987, 197; PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., R.P.D.B., *Complément III*, 591, nr. 280; SWENNEN, R., *De Arbeidsovereenkomsten, Wet van 3 juli 1978*, Kortrijk, U.G.A., 1978, 32; FAGNART, J.-L., o.c., R.C.J.B., 1980, 310, nr. 15; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dom-*

mages, 73, nr. 86; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 125, nr. 41; JAMOULLE, M., o.c., II, 132, nr. 119.

³⁸ NATIONALE ARBEIDSRAAD, advies nr. 325 van 28 mei 1970, blz. 3-4; SWENNEN, R., *ibid.*; LANDELIJKE BEDIENDEN CENTRALE (red.), *De arbeidsovereenkomst voor bedienden*, Zele, Reinaert Uitgaven, 1979, 129; NAESSENS, A., o.c., *Arbeidsrecht*, II-3, 41, nr. 55; zie reeds in dezelfde zin, vóór de Arbeidsovereenkomst van 3 juli 1978, STEYAERT, J., *Arbeidsovereenkomst. Handarbeiders en bedienden*, A.P.R., Gent-Leuven, Story-Scientia, 1973, 147, nr. 274; voor toepassingen, zie Cass., 25 juni 1986, geciteerd in vorige voetnoot; Antwerpen, 8 december 1982, *Lim. Rechtsl.*, 1983, 79 (in beide gevallen: ongeval door arbeider veroorzaakt terwijl hij zich op de weg naar het werk bevond).

³⁹ Zie daarover *infra*, nr. 61, en de verwijzingen aldaar.

⁴⁰ Cass., 24 december 1980, Arr. Cass., 1980-81, 472, Pas., 1981, I, 467, R.W., 1981-82, 2739.

⁴¹ In die zin BOSLY, H.-D., «Responsabilité civile découlant d'une infraction commise par un préposé», *Orientations*, 1981, (177), 179-180; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 74, nr. 86; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 125, nr. 41; *contra*, doch m.i. ten onrechte: JAMOULLE, M., o.c., II, 133, nr. 119.

de schadeverwekkende handeling van de werknemer werd verricht tijdens de duur van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en daarmee enig, zij het een onrechtstreeks, verband heeft, opdat de werknemer zich kan beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

De nauwe samenhang die tussen artikel 1384, derde lid, B.W. en artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet bestaat, is voor het Hof van Cassatie wellicht het belangrijkste argument geweest om aan de in die bepalingen gebruikte begrippen dezelfde extensieve interpretatie toe te kennen; de praktische toepassing van beide wetsbepalingen zou anders tot onverenigbare oplossingen kunnen leiden⁴². Daartegenover staat echter dat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet een van het gemene recht afwijkende aansprakelijkheidsregel bevat⁴³, die, overeenkomstig algemeen aanvaarde interpretatiebeginselen, op beperkende en niet op extensieve wijze zou moeten worden uitgelegd⁴⁴.

§ 3. Toepassingsvoorwaarden voor de aansprakelijkheid van de werknemer op grond van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet

13. Uit artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet blijkt dat aan twee voorwaarden voldaan dient te zijn opdat een werknemer tegenover zijn werkgever contractueel aansprakelijk kan worden gesteld: (a) de werknemer moet bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst een *gekwalficeerde fout* (opzettelijke fout, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout) hebben begaan, (b) waardoor aan de werkgever *schade* werd berokkend⁴⁵. Hierna wordt enkel stilgestaan bij dit fout- en schadevereiste; voor het overige gelden ook in dit geval de gemeenrechtelijke regels van de contractuele aansprakelijkheid.

A. Een gekwalficeerde fout

a) De opzettelijke fout

14. Het begrip «opzettelijke fout», waaraan de voorkeur moet worden gegeven boven de in artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet gebruikte term «bedrog»

⁴² Vgl. HOEN, «L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et la responsabilité civile suivant les articles 1382 à 1384 du Code civil», *J.T.T.*, 1983, (239), 241, die deze ruime interpretatie ook verdedigt op grond van de bedoeling van de wetgever om de aansprakelijkheid van de werknemer zoveel mogelijk te beperken.

⁴³ Zie uitdrukkelijk Cass., 18 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 859, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.459.

⁴⁴ Zie in die zin, m.b.t. de extensieve interpretatie van het begrip «in de bediening» in artikel 1384, derde lid, B.W., KRUTHOF, R., «Aansprakelijkheid voor andermans daad: kritische bedenkingen bij enkele ontwikkelingen», in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, VANDENBERGHE, H. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1979, (19), 50, nr. 34.

⁴⁵ De feitenrechter die een werknemer veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan de werkgever of aan een derde, dient vast te stellen dat de schade werd veroorzaakt door zo'n gekwalficeerde fout van de betrokken werknemer (Cass., 19 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 999, *Pas.*, 1983, I, 925, *R.W.*, 1983-84, 1235; zie ook Cass., 17 juni 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1420, nr. 649; *R.W.*, 1986-87, 2114).

(het Franse «dol»)⁴⁶, heeft in ons recht geen duidelijk omschreven betekenis. Omtrent de interpretatie van dit begrip zijn er in de rechtsleer, *grosso modo* beschouwd, twee opvattingen te onderscheiden⁴⁷.

Door de meeste auteurs wordt de opzettelijke fout omschreven als de fout die door de dader ervan werd begaan met het oogmerk om een ander schade te berokkenen. Volgens die opvatting moet de dader dus niet alleen het feit hebben gewild waaruit schade is ontstaan, maar ook die schadelijke gevolgen zelf⁴⁸.

Andere auteurs daarentegen omschrijven de opzettelijke fout als de bewuste, gewilde miskenning van een verplichting waartoe men gehouden is. Deze verplichting kan voortvloeien, hetzij uit een contractuele verbintenis die men heeft aangegaan, hetzij, op het buitencontractuele vlak, uit een wettelijke of reglementaire norm die een welomschreven gebod of verbod oplegt of uit de algemene zorgvuldigheidsnorm. Volgens deze opvatting is het dus voldoende dat de miskenning van zulk een verplichting bewust, willens en wetens, werd begaan om van een opzettelijke fout te kunnen gewagen⁴⁹.

Het verschil tussen beide strekkingen is hierin gelegen dat in de eerstgenoemde zienswijze het intentionele element be-

⁴⁶ Dit om verwarring te vermijden met het begrip «bedrog» in artikel 1116 B.W., als zijnde het wilsgebrek dat de geldige totstandkoming van een overeenkomst in de weg staat.

⁴⁷ Voor een overzicht van de verschillende opvattingen, zie CORNELIS, L., «La faute lourde et la faute intentionnelle», *J.T.*, 1981, (513), 515-516, nrs. 9-11; FAGNART, J.-L., «L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant» (noot onder Cass., 28 februari 1980), *R.C.J.B.*, 1983, (228), 254-259, nrs. 44-51; KRUTHOF, R., «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», *T.P.R.*, 1984, (233), 269-272, nr. 31.

⁴⁸ Zie in die zin o.m. HAYOIT DE TERMICOURT, R., «Bedrog en grove schuld op het stuk van niet-nakoming van contracten», *R.W.*, 1957-58, (65), 72; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 173, nr. 284; JAMBU-MERLIN, R., «Dol et faute lourde», *D.H.*, 1955, *Chron.*, (89), 91; LALOU, H. en AZARD, P., *Traité pratique de la responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 1962, 1962, 294, nr. 415; NGUYEN-BOURGEOIS, D., «Construction à l'étude de la faute contractuelle: la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1973, (496), 501-502, nrs. 10-12; VINEY, G., «Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde», *Dall.*, 1975, *Chron.*, (263), 264, 267 en 270; BRIÈRE DE L' YSLE, G., «De la faute dolosive», *Dall.*, 1980, *Chron.*, 137-138.

⁴⁹ Zie in die zin o.m. DABIN, J., «De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés» (noot onder Cass., 25 september 1959), *R.C.J.B.*, 1960, (10), 17-18; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 584-585, nrs. 590-591bis (hierna verkort geciteerd als DE PAGE, H., *Traité*, II); KRUTHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, (439), 518, nr. 78; CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 515-516, nr. 11; FAGNART, J.-L., o.c., *R.C.J.B.*, 1983, 255-259, nrs. 46-51; FAGNART, J.-L. en DENÈVE, M., o.c., *J.T.*, 1986, 302, nr. 53, B; vgl. VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1975, (423), 525-526, nr. 57, volgens wie het voldoende is dat de fout opzettelijk werd gepleegd, maar met dien verstande dat het nodig is dat de dader wist of behoorde te weten dat daardoor schade zou worden berokkend aan de schuldeiser.

trekking heeft op de schadeveroorzaking, terwijl in de tweede opvatting de contractuele wanprestatie c.q. de buitencontractuele fout bewust, gewild moet zijn begaan.

15. Op het vlak van de contractuele aansprakelijkheid (zie ook de artt. 1150-1151 B.W.) kan geen arrest worden aangewezen waarin het Hof van Cassatie zich ondubbelzinnig uitsprekt ten voordele van een van deze beide interpretaties⁵⁰. Inzake arbeidsongevallen heeft het Hof, bij de uitlegging van het begrip «opzettelijk», zich onlangs duidelijk aangesloten bij de tweede hierboven genoemde opvatting. Beslist werd dat artikel 48, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet, waarin wordt bepaald dat de bij die wet bepaalde vergoedingen niet verschuldigd zijn wanneer het ongeval door de getroffen opzettelijk is veroorzaakt, in die zin moet worden uitgelegd dat dit het geval is «wanneer diegene die door het ongeval getroffen is, het willens heeft te weeggebracht, ook al heeft hij de gevolgen ervan niet gewild»⁵¹.

⁵⁰ Het cassatiearrest van 15 april 1977 (*Arr. Cass.*, 1977, 851, *Pas.*, 1977, I, 844) zou op het eerste gezicht de indruk kunnen wekken dat het Hof onder een opzettelijke fout verstaat, een fout die willens en wetens werd begaan met het opzet schade te berokkenen, maar in werkelijkheid beperkt het Hof zich ertoe vast te stellen dat het cassatiemiddel berust op een foutieve interpretatie van de bestreden uitspraak en derhalve feitelijke grondslag mist (in die zin CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 515, nr. 10; FAGNART, J.-L., o.c., *R.C.J.B.*, 1983, 255, voetnoot (140); KRUIHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1984, 270, nr. 31). Uit het cassatiearrest van 28 februari 1980 (*Arr. Cass.*, 1979-80, 801, *Pas.*, 1980, I, 794, *R.W.*, 1980-81, 2319, *J.T.*, 1981, 240, met noot FALLON, M.; *R.C.J.B.*, 1983, 223, met noot FAGNART, J.-L.) kan al evenmin worden afgeleid dat het Hof zou hebben beslist dat het voor bedrog voldoende is dat de fout opzettelijk werd begaan en dat het dus niet nodig is dat de dader ook de schadelijke gevolgen heeft gewild; in dit arrest ging het immers niet om exonatiebedingen in het algemeen, maar enkel om exonatiebedingen inzake vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop-verkoop (in die zin KRUIHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1984, 270-271, nr. 31; VAN OMMESELAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, (33), 224, nr. 109; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», *T.P.R.*, 1987, (1255), 1326, nr. 35; *contra*: FAGNART, J.-L., o.c., *R.C.J.B.*, 1983, 259, nr. 52).

⁵¹ Cass., 16 februari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2577, met conclusie van de advocaat-generaal LENAERTS, H. De rechtspraak van het Hof van Cassatie is reeds geruime tijd in dezelfde zin gevestigd in zoverre het gaat om de interpretatie van artikel 46, § 1, van de Arbeidsongevallenwet, dat aan het slachtoffer van een arbeidsongeval of aan zijn rechthebbenden de mogelijkheid biedt om overeenkomstig het gemene recht een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de werkgever die het arbeidsongeval opzettelijk heeft veroorzaakt. In zoverre dezelfde bepaling de mogelijkheid biedt om een gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de lasthebbers of de aangestelden van de werkgever die het arbeidsongeval opzettelijk hebben veroorzaakt, vereist het Hof van Cassatie daarentegen dat de opzettelijke fout van deze personen bestaat in het willen van het ongeval én van zijn schadelijke gevolgen (zie daarover o.m. TROCLET, L.-E., (red.), *Accidents du travail et maladies professionnelles*, in *Les Nouvelles, Droit social*, IV, Brussel, Larcier, 1975, 385-387, nrs. 996-1003, en 390-393, nrs. 1009-1018; CLESSE, J., «Le rôle de la responsabilité civile dans la réparation des accidents du travail», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, (215), 225-228; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les*

Aan laatstgenoemde interpretatie van het begrip «opzettelijke fout» dient inderdaad de voorkeur te worden gegeven, niet alleen wegens de overeenstemmende betekenis van het begrip «algemeen opzet» in het strafrecht⁵², maar vooral omdat in het aansprakelijkheidsrecht het veroorzaken van schade niet noodzakelijk een fout is, zodat het aanbeveling verdient bij de begripsomschrijving eerder te verwijzen naar de foutieve daad zelf en de daaraan verbonden karakteristieken dan naar de schadelijke gevolgen ervan⁵³. Ook als men deze opvatting onderschrijft, zal het bewijs van een opzettelijke fout toch nog altijd moeilijk te leveren zijn, omdat steeds een intentioneel element zal moeten worden aangetoond. Daar het hier gaat om het bewijs van een rechtsfeit, mag met alle middelen rechtens, inclusief vermoedens, worden bewezen⁵⁴.

Toegepast op de hier behandelde problematiek houdt deze zienswijze in dat bewust begane tekortkomingen van de werknemer aan de verplichtingen die voor hem uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien, als «bedrog» in de zin van artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet dienen te worden beschouwd. Dit is bv. het geval bij het opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel aan de persoon van de werkgever, bij diefstal of opzettelijke beschadiging of vernieling van goederen die aan de onderneming toebehoren, bij vrijwillige brandstichting... enz.⁵⁵. Met toepassing van de gemeenrechtelijke bewijsregels (zie de artt. 1315 B.W. en 870 Ger. W.) zal de werkgever het door de wet vereiste opzet moeten bewijzen.

b) De zware fout

16. Voor de omschrijving van het begrip «zware fout», zowel in het algemeen als voor de toepassing van artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, werden in de rechtsleer en de rechtspraak verschillende definities voorgesteld⁵⁶. Om tot een precieze afbakening van dit begrip te komen, verdient het echter aanbeveling eerder de karakteristieken van de zware fout te ontleiden dan naar een zo

accidents du travail, 106-107, nrs. 8-9; 111, nr. 17, en 117-118, nr. 26, evenals de verwijzingen bij die auteurs).

⁵² Zie daarover om. VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, II, Gent, Story-Scientia, 1976, 333-335, nrs. 648-652; GORLÉ, F., «Nogmaals over het morele bestanddeel van het misdrijf», *R.W.*, 1980-81, (89), 97-98.

⁵³ CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 515, nr. 10.

⁵⁴ CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 515, nr. 9.

⁵⁵ BOSLY, H.-D., o.c., *Orientations*, 1981, 179.

⁵⁶ Voor een overzicht en een bespreking hiervan, zie VELAERS, J., «Het begrip 'zware fout' in het aansprakelijkheidsrecht en in het verzekeringsrecht», *Jura Falc.*, 1980-81, (61), 61-69; CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 513, nr. 2; KRUIHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1984, 277-278, nr. 35, evenals de verwijzingen bij die auteurs; zie specifiek i.v.m. artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, Arbrb. Bergen, 10 maart 1972, *J.T.T.*, 1975, 222 («la faute tellement grossière, tellement excessive, qu'elle ne se comprend pas de la part d'une personne raisonnable»); Arbrb. Antwerpen, 13 november 1972, *J.T.T.*, 1974, 62 («elke niet-intentionele fout, welke zo grof en zo buitenmatig is, dat zij in hoofde van degene die ze begaat niet te verontschuldigen is»); Arbrb. Luik, 21 november 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 206 («l'omission de mesure de prudence la plus élémentaire qui s'impose à tout homme sensé»).

naauwkeurig mogelijke begripsomschrijving te zoeken⁵⁷.

Het onderscheid tussen de zware en de opzettelijke fout is theoretisch vrij gemakkelijk te maken, daar bij de zware fout het element «opzet» ontbreekt⁵⁸. In de praktijk is de scheidingslijn tussen beide niet altijd even scherp te trekken, daar een zware fout zo ernstig kan zijn dat men dient aan te nemen dat er wel een intentioneel element voorhanden is⁵⁹.

Moeilijker is het onderscheid met de gewone, lichte fout. Het gaat hier om een graadverschil⁶⁰; de zware fout moet «erger», «zwaarder» zijn dan de gewone fout⁶¹. Een belangrijk beoordelingselement hierbij is de waarschijnlijkheid van de schade: de dader was zich ervan bewust of behoorde zich ervan bewust te zijn dat zijn foutieve handeling schade zou berokkenen⁶². Een ander belangrijk appreciatieelement, althans in zoverre het, zoals *in casu*, de contractuele aansprakelijkheid betreft, is dat het gaat om de miskenning van een contractuele verplichting waaraan de schuldeiser een groot belang mocht hechten, omdat ze tot de essentie van het contract zelf behoorde⁶³.

Of in een bepaald geval al dan niet een zware fout werd begaan, is geen zuivere feitenkwestie die op onaantastbare wijze door de feitenrechter wordt beslecht, zoals soms

wordt beweerd⁶⁴. Het begrip «zware fout» is, zoals de notie «fout», een juridisch begrip dat door de feitenrechter wordt toegepast onder het toezicht van het Hof van Cassatie, dat nagaat of de rechter ten gronde, op basis van de feitelijke omstandigheden van de zaak die hij in zijn beslissing weergeeft, wettig tot het bestaan van een zware fout heeft kunnen beslissen⁶⁵.

17. Voor de interpretatie van het begrip «zware fout» in artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, dient voorts rekening te worden gehouden met een aantal preciseringen die de vroegere rechtspraak (d.i. vóór de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978) heeft aangebracht en die thans nog nuttig kunnen worden gebruikt⁶⁶.

In de eerste plaats zijn rechtspraak en rechtsleer het er altijd over eens geweest dat *strafrechtelijk gesanctioneerde tekortkomingen* van de werknemer aan zijn contractuele verplichtingen, niet noodzakelijk een zware fout vormen in de zin van artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet⁶⁷. Dit is vooral van belang voor verkeersongevallen die werden veroorzaakt door een strafrechtelijk beugelde fout van de werknemer in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Een verkeersongeval is immers vaak te verklaren door een ogenblik van onachtzaamheid of onoplettendheid⁶⁸. Zo werden door de rechtspraak niet als een zware fout bestempeld: het niet in acht nemen van de

⁵⁷ CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 513, nr. 3; zie ook RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., «Overzicht van rechtspraak (1978-1985), Vennootschappen (vervolg)», *T.P.R.*, 1986, (1231), 1312, nr. 307.

⁵⁸ DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1960, 19; DE PAGE, H., *Traité*, II, 585, nr. 591bis; CRAB, P., «Culpa lata dolo aequiparatur», *Jura Falc.*, 1968-69, (35), 37-38, nr. 3; VELAERS, J., o.c., *Jura Falc.*, 1980-81, 67; CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 515, nr. 9, evenals de talrijke verwijzingen aldaar; VINEY, G., o.c., *Dall.*, 1975, *Chron.*, 264; WEILL, A. en TERRÉ, F., *Droit civil. Obligations*, Parijs, Dalloz, 1986, 424-425, nr. 408.

⁵⁹ DE PAGE, H., *Traité*, II, 584, nr. 590; CORNELIS, L., *ibid.*, en de verwijzingen aldaar; NGUYEN-BOURGEAIS, D., o.c., *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1973, 512, nr. 26.

⁶⁰ VELAERS, J., o.c., *Jura Falc.*, 1980-81, 69; vgl. WEILL, A., en TERRÉ, F., o.c., 469-470, nr. 408.

⁶¹ Dit element vindt men terug in verscheidene definities (zie o.m. DE PAGE, H., *Traité*, II, 585, nr. 591bis: «une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle ne se comprend pas d'une personne raisonnable»; Cass., 24 september 1951, *Arr. Verbr.*, 1952, 12, *Pas.*, 1952, I, 12: «begaat een zware fout, degenen die de regelen van de meest elementaire voorzichtigheid heeft verwaarloosd»; zie voorts de rechtspraak geciteerd in voetnoot 56).

⁶² DALCO, R.O., *Traité*, I, 170, nr. 273; RONSE, J., «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *R.P.S.*, 1979, (292), 300-301; VELAERS, J., o.c., *Jura Falc.*, 1980-81, 69; CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 513, nr. 3; RONSE, J., e.a., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1312, nr. 307; ESMEIN, P., noot onder Cass. fr., 24 oktober 1932, *S.*, 1933, II, (289), 290-291; DEJEAN DE LA BATIE, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Parijs, L.G.D.J., 1965, 122-123, nrs. 140-141; MARTY, R. en RAYNAUD, A., *Droit civil*, II-1, *Les obligations*, Parijs, Sirey, 1962, 407, nr. 413; NGUYEN-BOURGEAIS, D., o.c., *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1973, 511-512, nr. 25; WEILL, A. en TERRÉ, F., o.c., 426, nr. 408.

⁶³ CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 513-514, nrs. 3 en 6; NGUYEN-BOURGEAIS, D., *ibid.*; zie ook VELAERS, J., *ibid.*; WEILL, A. en TERRÉ, F., *ibid.*

⁶⁴ Zie in die zin, doch ten onrechte, FAGNART, J.-L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 311, nr. 16; X., «Quant à l'article 18 de la loi sur les accidents du travail» (noot onder Vred. Leuze, 25 mei 1981), *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.463; JAMOULLE, M., o.c., II, 133, nr. 119; Arbh. Luik, 16 maart 1982, *J.T.T.*, 1982, 374, met noot C.W.

⁶⁵ LEGROS, P., «Le contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de la Faute en matière aquilienne», *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9692; CORNELIS, L., o.c., *J.T.*, 1981, 514, nr. 7; zie o.m. Cass., 19 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 207, *Pas.*, 1977, I, 209.

⁶⁶ Memorie van toelichting bij het «ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 6.

⁶⁷ Zie in die zin, vóór de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, Cass., 17 oktober 1960, *Pas.*, 1961, I, 176, *R.W.*, 1960-61, 1570, *J.T.*, 1961, 255; Brussel, 19 oktober 1962, *Pas.*, 1963, II, 121, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7281; Wrr. Brussel, 29 september 1959, *J.T.*, 1960, 451; Rb. Antwerpen, 26 juni 1964, *R.W.*, 1964-65, 1227, *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7541; Arbrb. Bergen, 10 maart 1975, *J.T.T.*, 1975, 222; PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., *R.P.D.B., Complément III*, 591-592, nr. 281; zie in die zin voor de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, de memorie van toelichting bij het «Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 6-7; NATIONALE ARBEIDSRaad, Advies nr. 325 van 28 mei 1970, blz. 3-4; JAMOULLE, M., o.c., II, 133, nr. 119; Arbh. Brussel, 14 april 1981, *J.T.T.*, 1981, 230; Arbh. Luik, 17 oktober 1981, *J.T.T.*, 1982, 272; Luik, 21 oktober 1982, *Jur. Liège*, 1983, 406; Arbh. Luik, 19 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 97; Arbh. Antwerpen, 18 april 1985, *T.S.R.*, 1986, 201; Kh. Gent, 20 februari 1986, *De Verz.*, 1987, 512; zie voorts de in voetnoot 134 geciteerde rechtspraak betreffende de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden.

⁶⁸ Brussel, 19 oktober 1962, *Pas.*, 1963, II, 121, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7281; Gent, 19 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 46, met noot; Arbrb. Bergen, 10 maart 1975, *J.T.T.*, 1975, 222; Corri. Nijvel, 16 mei 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.308.

voorrang van rechts⁶⁹; het voertuig van de werkgever parkeren in de tegenovergestelde richting van het verkeer⁷⁰; de met valiezen geladen wagen van de werkgever 's nachts op de openbare weg laten staan⁷¹; op de autoweg de maximum toegelaten snelheid met 20 km per uur overschrijden, als dit het gevolg is van een beoordelingsfout⁷²; in volle duisternis een achterwaartse rijbeweging uitvoeren in een lokaal dat dient als opslagplaats⁷³. Door de rechtspraak werd voorts beslist dat in de persoon van een vrachtwagenchauffeur wel als een zware fout is te beschouwen: het niet in acht nemen van de rode verkeerslichten⁷⁴; het uitvoeren van een gevaarlijk inhaalmaneuver, waardoor een verkeersongeval werd veroorzaakt⁷⁵; in uitgesproken staat van dronkenschap, roekeloos en met overdreven snelheid rijden, en daardoor een verkeersongeval veroorzaken⁷⁶.

In de tweede plaats moet de zware fout van artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet worden onderscheiden van de *dringende reden*, die de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder opzeggingstermijn noch -vergoeding rechtvaardigt. Het is niet uitgesloten dat een zelfde gedraging onder deze twee kwalificaties valt, maar beide begrippen behouden toch hun eigenheid: de zware fout heeft betrekking op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer, wat het bestaan van schade voor de werkgever onderstelt, terwijl de dringende reden een zodanige tekortkoming van de werknemer aan zijn verplichtingen impliceert, dat hierdoor iedere professionele samenwerking met de werkgever onmiddellijk en definitief onmogelijk wordt gemaakt. Daarom vormt niet iedere zware fout op zichzelf een dringende reden die het onmiddellijk ontslag rechtvaardigt⁷⁷, en geldt ook het omgekeerde⁷⁸.

⁶⁹ Brussel, 19 oktober 1962, *Pas.*, 1963, II, 121, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7281; Arbh. Luik, 10 maart 1975, *J.T.T.*, 1975, 222; Arbh. Antwerpen, 18 april 1985, *T.S.R.*, 1986, 201; zie ook Wrr. Ber. Brussel, 27 juni 1957, *T.S.R.*, 1957, 85; geen voorrang verlenen aan tramvoertuig.

⁷⁰ Rb. Hoei, 30 januari 1968, *Jur. Liège*, 1967-68, 205, met noot M.H.

⁷¹ Arbrb. Luik, 21 november 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 206 (korte inhoud).

⁷² Arbh. Luik, 17 november 1981, *J.T.T.*, 1982, 272 (in dit arrest werd nog toepassing gemaakt van artikel 5 *quater* van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract).

⁷³ Arbrb. Luik, 7 juni 1971, *T.S.R.*, 1971, 285; zie ook Brussel, 7 juni 1969, en Kh. Leuven, 5 mei 1968: een leerjongen in een garage, die een foutief manoeuvre uitvoert bij het verplaatsen van een aan zijn werkgever toevertrouwde wagen, begaat geen zware fout.

⁷⁴ Arbrb. Antwerpen, 13 december 1972, *J.T.T.*, 1974, 62.

⁷⁵ Arbh. Luik, 19 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 97; Arbrb. Antwerpen, 12 oktober 1972, *J.T.T.*, 1973, 174.

⁷⁶ Gent, 4 november 1982, *R.W.*, 1984-85, 2285, met noot.

⁷⁷ Verslag DENEIR bij het «Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Kamer*, 1977-78, nr. 293/4, blz. 9; HÉLIN, G., «Motif grave — faute grave — Loi du 3 juillet 1978», *Orientations*, 1981, 110-111; HOEN, H., o.c., *J.T.T.*, 1983, 239, nr. 1; JAMOULLE, M., o.c., II, 142, nr. 125; Arbh. Brussel, 10 december 1986, *Rechtspr. Arb. Br.*, 1987, 40; zie in dezelfde zin, vóór de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., *R.P.D.B.*, *Complément III*, 592, nr. 281.

⁷⁸ Wrr. Luik, 17 februari 1967, *J.T.*, 1967, 486. In dit geval had een arbeider een freesmachine waaraan hij aan het werken was,

18. Kan de «zware fout» van artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet worden gelijkgesteld met de «grove fout» van artikel 16 van de Verzekeringwet? Van het antwoord op deze vraag hangt het af of de zware fout van de werknemer kan worden verzekerd. Daartoe is het nodig het begrip «grove fout» van artikel 16 van de Verzekeringwet nader te omschrijven en te vergelijken met de hierboven vermelde karakteristieke elementen van de zware fout bedoeld in artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Een vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie omschrijft de grove fout in artikel 16 van de Verzekeringwet als een fout die met een opzettelijke fout kan worden gelijkgesteld en waarvan de verzekerde zich bewust was of had moeten zijn dat zij een verzwaaring van het gewaarborgd risico meebracht⁷⁹. Door de doctrine worden in dit begrip van de grove fout twee elementen onderkend: een objectief element, bestaande in een (tijdelijke) verzwaaring van het risico buiten of boven de dekking die in het contract is voorzien, en een subjectief element, bestaande in het feit dat de verzekerde zich ervan bewust was of had moeten zijn dat zijn foutieve gedraging een verzwaaring van het risico met zich meebracht⁸⁰.

Uit wat voorafgaat blijkt dat tussen het begrip van de «zware fout» van artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet en het begrip «grove fout» van artikel 16 van de Verzekeringwet één belangrijk verschilpunt kan worden onderkend. Voor laatstgenoemd begrip wordt door het Hof van Cassatie een fout vereist die met een opzettelijke fout kan worden gelijkgesteld, terwijl bij de zware fout van artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet het element «opzet» juist ontbreekt⁸¹. Weliswaar wordt

tijdelijk in de steek gelaten, zonder evenwel deze machine buiten werking te stellen; ten gevolge daarvan had hij aan het bedrijf van zijn werkgever belangrijke schade toegebracht. Beslist werd dat deze arbeider ernstig te kort was geschoten in zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, wat zijn ontslag wegens dringende reden rechtvaardigde, maar dat hij geen zware fout had begaan waardoor hij tegenover zijn werkgever aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de aangerichte schade (voor de bespreking van dit vonnis, zie HORION, P., en PAPIER-JAMOULLE, M., «Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Droit social», *R.C.J.B.*, 1968, (437), 464, nr. 26; PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., *R.P.D.B.*, *Complément III*, 592, nr. 281).

⁷⁹ Zie o.m. Cass., 29 januari 1953, *Arr. Verbr.*, 1953, 371, *Pas.*, 1953, I, 415, *R.G.A.R.*, 1954, nr. 5324, met noot DRION, R.; Cass., 2 juni 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 1206, *Pas.*, 1967, I, 1174, *R.W.*, 1967-68, 239, *R.C.J.B.*, 1971, 13, met noot FREDERICQ, S.; Cass., 14 juni 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1294, *Pas.*, 1968, I, 1179, *R.W.*, 1968-69, 854, met noot, *R.G.A.R.*, 1970, nr. 8.374, met noot; Cass., 6 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 139, *Pas.*, 1973, I, 141, *J.T.*, 1972, 747, *R.W.*, 1973-74, 198, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9.186; Cass., 16 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 543, *Pas.*, 1975, I, 503; Cass., 24 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 467, *Pas.*, 1977, I, 467.

⁸⁰ Zie o.m. FONTAINE, M., *Droit des assurances*, Brussel, Lar-cier, 1975, 84 nr. 19; FREDERICQ, L. en S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1978, 382-383, nr. 1059; FREDERICQ, S., COUSY, H. en ROGGE, J., «Overzicht van rechtspraak (1969-1978). Verzekeringen», *T.P.R.*, 1981, (369), 399, nr. 27; VELAERS, J., o.c., *Jura Falc.*, 1980-81, 95-98, evenals de verwijzingen bij de auteurs.

⁸¹ Zie *supra*, nr. 16, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 58.

in sommige definities van de zware fout in het aansprakelijkheidsrecht gezegd dat het gaat om «een aan opzet grenzende fout»⁸², maar «grenzen aan» is nog niet hetzelfde als «gelijkstellen met», zoals dit het geval is met de grove fout in artikel 16 van de Verzekeringwet. Om die reden komt het mij voor dat laatstgenoemd begrip niet noodzakelijk samenvalt met het begrip «zware fout» in artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet⁸³.

c) De gewoonlijk voorkomende lichte fout

19. Luidens artikel 18, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, is de werknemer voor zijn lichte fout slechts aansprakelijk «als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt». Deze aansprakelijkheidsbeperking is in het arbeidsovereenkomstenrecht ingevoerd door de wet van 4 maart 1954 die de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst voor werklieden wijzigde⁸⁴.

De «gewoonlijk voorkomende lichte fout» kan worden omschreven als de lichte fout die zich bij herhaling voor doet, zonder dat iedere fout, op zichzelf beschouwd, de aansprakelijkheid van de werknemer zou kunnen teweegbrengen. In de persoon van de werknemer moet men kunnen spreken van een zekere neiging, een geestesgesteldheid, om in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst foutief te handelen. Dit gewontekarakter vereist bovendien dat de door de werknemer begane fouten zich binnen een relatief korte tijdsspanne hebben voorgedaan, zodat ze niet enkel door het toeval kunnen worden verklaard⁸⁵.

Uit de parlementaire voorbereiding van de hierboven genoemde wet van 4 maart 1954 blijkt voorts dat het niet noodzakelijk om dezelfde fouten hoeft te gaan. Ook verschillende fouten, of fouten die op een verschillende manier werden begaan, kunnen in aanmerking komen om het gewoonte-karakter te beoordelen⁸⁶.

⁸² Zie o.m. DALCO, R.O., *Traité*, I, 170, nr. 277; RONSE, J., o.c., *R.P.S.*, 1979, 300; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1312, nr. 307; H.R., 12 maart 1954, *N.J.*, 1955, 386.

⁸³ VELAERS, J., o.c., *Jura Falc.*, 1980-81, 95 en 99; *contra*: Brussel, 26 januari 1983, *R.W.*, 1984-85, 2337; MINET, A., «Les modifications au contrat-type d'assurance automobile», *J.T.*, 1982, (505), 508.

⁸⁴ Wet van 4 maart 1954 «tot wijziging en aanvulling van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst», *B.S.*, 12 maart 1954. Zie daarover o.m. TAQUET, M., «La loi du 4 mars 1954, modifiant et complétant la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail», *J.T.*, 1954, (453), 454; PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., *R.P.D.B.*, *Complément III*, 391-392, nrs. 279-282; ANDRÉ, R., o.c., 879-882, nr. 578bis.

⁸⁵ TAQUET, M., o.c., *J.T.*, 1954, 454, nr. 20; zie in dezelfde zin STEYAERT, J., o.c., *A.P.R.*, 145, nr. 270; CORR. Nijvel, 16 mei 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.308, met noot MAHIEU, M.

⁸⁶ Verslag HOUBEN bij het wetsontwerp «tot wijziging en aanvulling van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst», *Parl. St., Senaat*, 1953-54, nr. 170, blz. 15; zie in dezelfde zin ANDRÉ, R., o.c., 881, nr. 578bis; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 77, nr. 94.

Door een deel van de rechtspraak en de rechtsleer wordt er evenwel aan toegevoegd dat deze fouten toch niet te zeer van elkaar mogen verschillen, daar men anders moeilijk kan besluiten tot een gemis aan beroepsernst bij de werknemer (zie de verwijzingen in de vorige voetnoot). Behoudens wanneer de door de werknemer te

Overeenkomstig het gemene recht (zie de artt. 1315 B.W. en 870 Ger. W.) rust op de werkgever, die zijn werknemer contractueel aansprakelijk wil stellen, de bewijslast om het gewoonte-karakter van de begane fout aan te tonen. Dit bewijs mag, als bewijs van een rechtsfeit, met alle middelen rechtens worden geleverd.

De rechtspraak blijkt niet vlug geneigd te zijn om bij de werknemer een gewoonlijk voorkomende lichte fout aan te nemen⁸⁷. De betwistingen daaromtrent hebben hoofdzakelijk betrekking op verkeersovertredingen door werknemers begaan⁸⁸ en op kas- en inventaristekorten van warenhuisbedieners⁸⁹.

B. Schade aan de werkgever

20. Een werknemer zal tegenover zijn werkgever slechts aansprakelijk kunnen worden gesteld indien de door hem begane opzettelijke fout, zware fout of gewoonlijk voorko-

verrichten arbeidsprestaties zeer verschillend van aard zijn, zal deze toevoeging in de praktijk geen problemen opleveren, daar het toch steeds fouten moet betreffen die in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst werden begaan (betreffende dit laatste vereiste, zie *supra*, nrs. 11-12, en de verwijzingen aldaar).

⁸⁷ Voor zover bekend, werd tot op heden nog maar in één enkele uitspraak, en dan nog subsidiair, een gewoonlijk voorkomende lichte fout geaccepteerd (Arbh. Luik, 16 maart 1982, *J.T.T.*, 1982, 374, met noot C.W.: een garante in een zelfbedieningszaak die in de maanden juni, september of oktober 1975, en opnieuw op 9 januari 1976 aanzienlijke kas- en koopwaartekorten vaststelt, maar hiervoor slechts op 10 januari 1976 klacht neerlegt, begaat een zware fout of toch minstens een gewoonlijk voorkomende lichte fout).

⁸⁸ Brussel, 19 oktober 1962, *Pas.*, 1963, II, 121, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7281 (als het inlichtingenblad van de verdachte geen melding maakt van enige veroordeling wegens een verkeersovertreding, noch van enige minnelijke schikking, is dit een voldoende aanduiding dat de lichte fout van de werknemer een toevallig karakter had en niet gewoonlijk voorkwam); zie in dezelfde zin, wat de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden betreft, Brussel, 1 april 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.460 (als een werknemer, die voor de uitoefening van zijn functie gewoonlijk een voertuig dient te besturen, blijkens het inlichtingenblad in het verleden slechts tweemaal een minnelijke schikking kreeg voorgesteld, één wegens overdreven snelheid en één wegens foutief parkeren, blijkt hieruit dat de door de werknemer begane fout een toevallig en geen repetitief karakter heeft); zie voorts Arbh. Antwerpen, 18 april 1985, *T.S.R.*, 1986, 201 (één enkele overtreding van het Wegverkeersreglement door een taxichauffeur in een nader bekende periode van tewerkstelling begaan, kan niet als een gewoonlijk voorkomende lichte fout worden beschouwd); Wrr. Brussel, 29 september 1959, *J.T.*, 1960, 451 (het gewoonte-karakter van een fout blijkt niet noodzakelijk uit het feit dat een personenwagen in een tijdspanne van twee jaar een tiental maal werd beschadigd, als niet is bewezen dat de bestuurder telkens een fout heeft begaan).

⁸⁹ De weinige rechtspraak die hierover bestaat, lijkt het erover eens te zijn dat een kas- of inventaristekort op zichzelf niet het bewijs oplevert van een gewoonlijk voorkomende lichte fout, en zelfs niet van een fout, daar de bediende ter zake enkel een inspanningsverbintenis aangaat (Arbh. Luik, 18 november 1980, *R.R.D.*, 1981, 83; Arbh. Luik, afd. Namen, 6 november 1984, *J.T.T.*, 1985, 245, met noot, *T.S.R.*, 1985, 388; zie in dezelfde zin PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., *R.P.D.B.*, *Complément III*, 590-591, nrs. 274 en 277-279; DUMONT, M., noot onder Arbh. Luik, 22 december 1976 en Arbbr. Aarlen, 17 september 1975, *R.R.D.*, 1977, (337), 339).

mende lichte fout aan zijn werkgever *schade* heeft veroorzaakt. Het schadeverreichte geldt immers ook voor de contractuele aansprakelijkheid⁹⁰.

In vergelijking met de vroegere wet, waarin werd vereist dat schade aan «de onderneming» werd berokkend⁹¹, waaronder enkel schade aan de goederen van de onderneming werd verstaan⁹², houdt het begrip «schade aan de werkgever» in artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet een verruiming in, daar hierin ook schade aan de persoon van de werkgever is begrepen⁹³.

Daar het hier bij hypothese om een contractuele aansprakelijkheid gaat, kan de werkgever (schuldeiser) enkel vergoeding krijgen voor de schade die het rechtstreeks gevolg is van de contractuele tekortkoming (zie art. 1151 B.W.)⁹⁴ en, behoudens in geval van opzettelijke fout van de schuldenaar (de werknemer), voor de voorzienbare schade, d.i. de schade die bij het sluiten van het contract redelijkerwijze kon worden voorzien (zie art. 1150 B.W.)⁹⁵.

⁹⁰ Zie *supra*, nr. 3, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 6. Voor toepassingsgevallen waar de werknemer niet aansprakelijk werd gesteld omdat niet was bewezen dat zijn (eventuele) fout aan zijn werkgever schade had berokkend, zie Wrr. Charleroi, 19 mei 1964, *T.S.R.*, 1965, 132; Kh. Gent, 20 februari 1986, *De Verz.*, 1987, 512.

⁹¹ Zie artikel 8, eerste lid, van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst voor werklieden, en artikel 5 *quater*, eerste lid, van de bij K.B. van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten op het bediendencontract, zoals beide bepalingen werden gewijzigd door de wet van 21 november 1969.

⁹² PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., *R.P.D.B., Complément III*, 591, nr. 280; zie voorts de verwijzingen bij VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 161, voetnoot 97.

⁹³ Memorie van toelichting bij het «ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 6; NAESSENS, A., o.c., *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten*, 68; TAQUET, M. en WANTIEZ, C., «La loi sur les contrats de travail (3 juillet 1978)», *J.T.T.*, 1978, (285), 289; TAQUET, M. en WANTIEZ, C., «La loi sur les contrats de travail (3 juillet 1978)», in *Nouveaux visages du contrat de travail*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1979, (7), 38; vgl. het advies van de Raad van State bij het «ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», waarin, m.i. ten onrechte, wordt gezegd dat de vervanging van het woord «onderneming» door «werkgever» louter vormelijk is en geen wijziging ten gronde meebrengt (*Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 66).

⁹⁴ Hiermee wordt bedoeld dat de schade een noodzakelijk gevolg moet zijn van het niet-uitvoeren van de overeenkomst, m.a.w. dat zonder deze contractuele wanprestatie de schade zich niet zou hebben voorgedaan (Cass., 24 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1101, *Pas.*, 1977, I, 1087; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 143, nr. 110 (hierna verkort geciteerd als DE PAGE, H., *Traité*, III); DEKKERS, R., *Handboek Burgerlijk Recht*, II, Brussel-Antwerpen, Bruylant/Standaard-Boekhandel, 1971, 199, nr. 350; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 245; KRUIHOF, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, (495), 634, nr. 125; VAN OMME-SLAGHE, P., «La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles», *T.P.R.*, 1984, (197), 230-231, nr. 52; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., *R.C.J.B.*, 1986, 219-220, nr. 107).

⁹⁵ Cass., 12 november 1951, *Pas.*, 1952, I, 128; Cass., 5 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 869, *Pas.*, 1971, I, 802; DE PAGE, H.,

§ 4. Aansprakelijkheidsregeling van dwingend recht

21. Luidens artikel 18, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet mag op straffe van nietigheid niet worden afgeweken van de bij het eerste en tweede lid van dat artikel vastgestelde aansprakelijkheid, tenzij, en alleen wat de *aansprakelijkheid tegenover de werkgever* betreft, bij een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst.

De wetgever heeft, met het oog op de bescherming van de werknemer, de bepalingen m.b.t. diens aansprakelijkheid tegenover zijn werkgever (art. 18, eerste en tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet), van *dwingend recht* verklaard⁹⁶. Deze aansprakelijkheidsregels zijn evenwel niet van openbare orde, daar men bezwaarlijk kan staande houden dat deze voorschriften de essentiële belangen van de Staat betreffen of, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vestigen waarop de economische orde van de samenleving rust⁹⁷.

Het imperatief karakter van voornoemde aansprakelijkheidsregels brengt met zich mee dat de partijen hiervan niet mogen afwijken, bv. door in de individuele arbeidsovereenkomst een zwaardere aansprakelijkheid ten laste van de werknemer te leggen⁹⁸. Zulke afwijkende clausules worden door de wetgever (art. 18, derde lid, Arbeidsovereenkomstenwet) met nietigheid gesanctioneerd. Daar het hier om voorschriften van dwingend recht gaat, betreft het een rela-

Traité, III, 141-142, nr. 109, en 144-146, nr. 112; DEKKERS, R., o.c., II, 199-200, nr. 350; KRUIHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen (tweede deel)», *T.P.R.*, 1975, (715), 736, nr. 132; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., *R.C.J.B.*, 1986, 221, nr. 108.

⁹⁶ NAESSENS, A., o.c., *Arbeidsrecht*, II-3, 48, nrs. 64-65; Antwerpen, 13 oktober 1982, *Limb. Rechtsl.*, 1983, 63; zie reeds in die zin, onder gelding van de nagenoeg gelijkkluidende bepalingen van de wet van 21 november 1969, waarbij deze aansprakelijkheidsregels van dwingend recht werden verklaard, Arbrb. Antwerpen, 14 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 329; Arbrb. Bergen, 10 maart 1975, *J.T.T.*, 1975, 222; zie over dit onderdeel van de wet van 21 november 1969 o.m. TAQUET, M. en WANTIEZ, C., «La nouvelle loi relative aux contrats de louage de travail», *J.T.*, 1970, (145), 147-148; ANDRÉ, R., o.c., 883, nr. 578bis; HOEN, H., o.c., *J.T.T.*, 1983, 239.

⁹⁷ Antwerpen, 13 oktober 1982, *Limb. Rechtsl.*, 1983, 63; Arbrb. Antwerpen, 14 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 329; betreffende het onderscheid tussen imperatieve rechtsregels die de openbare orde raken en dwingende rechtsregels ter bescherming van private belangen, zie o.m. Cass., 9 december 1948, *Arr. Verbr.*, 1948, 615, *Pas.*, 1948, I, 699; Cass., 15 maart 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 936, *Pas.*, 1968, I, 885, *R.W.*, 1967-68, 2000, *J.T.*, 1968, 289; Cass., 18 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 916, *Pas.*, 1975, I, 827, *R.W.*, 1975-76, 316; BAETEMAN, G., «Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés» (noot onder Cass., 6 december 1956) *R.C.J.B.*, 1960, 158-174; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 119, nr. 91bis (hierna verkort geciteerd als DE PAGE, H., *Traité*, I); VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, in *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, I, DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W. (red.), Antwerpen-Utrecht, S.W.U., 1969, 73-77, nr. 16, en 79-82, nr. 28.

⁹⁸ NAESSENS, A., o.c., *Arbeidsrecht*, II-3, 48, nrs. 64-65; zie ook TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., *J.T.*, 1970, 147-148; ANDRÉ, R., o.c., 883, nr. 578bis; HOEN, H., o.c., *J.T.T.*, 1983, 239.

tieve nietigheid, waarvan eventueel kan worden afgezien door de beschermde partij, *in casu* de werknemer⁹⁹.

22. Volgens artikel 18, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet kan van de regels betreffende de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover de werkgever slechts worden afgeweken bij een *door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst*. Dat alleen in deze afwijkmogelijkheid is voorzien, werd tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 november 1969 verantwoord door o.m. de beschouwing dat zulke collectieve arbeidsovereenkomsten vaak op een groot aantal werknemers van toepassing zijn en bovendien een grotere rechtszekerheid en ruimere waarborgen bieden wegens het toezicht dat door de uitvoerende macht wordt uitgeoefend op de wettigheid van deze overeenkomsten en op de overeenstemming ervan met het algemeen belang en het belang van het bedrijfsleven¹⁰⁰.

Bij een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst zou dus de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever kunnen worden verzwaaard, bv. door de werknemer ook aansprakelijk te stellen voor een toevallige lichte fout of door een forfaitaire vergoeding te bepalen die door de werknemer verschuldigd zou zijn voor de schade die hij door een contractuele tekortkoming aan zijn werkgever veroorzaakt¹⁰¹. Dit laatste zou bv. kunnen worden toegepast voor de schade door taxichauffeurs aan het voertuig van hun werkgever berokkend door een verkeersongeval dat aan hun foutief rijgedrag te wijten was¹⁰².

⁹⁹ Arbrb. Antwerpen, 14 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 329; Arbrb. Bergen, 10 maart 1975, *J.T.T.*, 1975, 222.

Overeenkomstig de algemene beginselen van de nietigheidsleer dient de bevestiging of de dekking van de nietigheid met kennis van zaken te gebeuren en kan deze bevestiging, behoudens wanneer ze uitdrukkelijk geschiedt, slechts worden afgeleid uit handelingen of omstandigheden die niet in een andere zin kunnen worden uitgelegd (Arbrb. Bergen, 10 maart 1975, *J.T.T.*, 1975, 222).

¹⁰⁰ Zie het verslag HOUBEN bij het «wetsontwerp tot wijziging en aanvulling van de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Kamer*, 1966-67, nr. 270/7, blz. 31; betreffende deze ruimere waarborgen en het toezicht van de uitvoerende macht bij een aanvraag tot algemeen verbindend verklaring van een collectieve arbeidsovereenkomst, zie o.m. BLANPAIN, R., «De collectieve arbeidsovereenkomst», in *Arbeidsrecht*, III-13, BLANPAIN, R. (red.), Brussel, C.A.D., s.d., 54-56, nrs. 107-112.

¹⁰¹ COLENS, A. en M., *Le contrat d'emploi. Contrat de travail des employés*, Brussel, Larcier, 1980, 87-88, nr. 48. Een andere mogelijke afwijking die in zo'n collectieve arbeidsovereenkomst zou kunnen worden ingevoerd, is de bepaling dat het gewoontekarakter van de lichte fout automatisch volgt uit het feit dat in een bepaalde tijdsspanne de werknemer een aantal identieke fouten, bv. verkeersovertredingen, heeft begaan die aan de werkgever schade hebben berokkend (HOEN, H., o.c., *J.T.T.*, 1983, 240).

¹⁰² Volgens de inlichtingen die werden ingewonnen bij het Ministerie van Arbeid en Tewerkstelling, Dienst der Collectieve Arbeidsbetrekkingen, zou er op dit ogenblik (januari 1988) geen enkele bij K.B. algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst zijn waarin wordt afgeweken van de wettelijke aansprakelijkheidsregeling van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Hoofdstuk II DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKNEMER TEGENOVER DERDEN

§ 1. Inleiding

23. Bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst is het mogelijk dat de werknemer, afgezien van eventuele schade aan zijn werkgever, aan derden schade berokkent, bv. wanneer hij tijdens een dienststopdracht door zijn fout een verkeersongeval veroorzaakt waarbij een derde persoon verwondingen oploopt.

Een van de belangrijkste innovaties van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 is geweest dat de aansprakelijkheid van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst ook tegenover derden werd beperkt tot zijn opzettelijke fout, zware fout en gewoonlijk voorkomende lichte fout (art. 18, eerste en tweede lid). Voordien was de werknemer in dit opzicht onderworpen aan de gemeenrechtelijke regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid (artt. 1382 e.v. B.W.), en kon hij bijgevolg aansprakelijk worden gesteld voor de schade die hij, in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, door zijn toevallige lichte fout aan een derde persoon had veroorzaakt¹⁰³.

Zoals voor de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever, zal ook deze uiteenzetting handelen over het toepassingsgebied en de toepassingsvoorwaarden van artikel 18, eerste en tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet. Daarbij zal thans hoofdzakelijk aandacht worden besteed aan de punten die specifiek zijn voor de aansprakelijkheid tegenover derden. Zoals bij de behandeling van de aansprakelijkheid tegenover de werkgever, blijven ook hier de bijzondere aansprakelijkheidsregels, zoals artikel 46, § 1, 3°, van de Arbeidsongevallenwet¹⁰⁴, buiten beschouwing.

§ 2. Het toepassingsgebied van de algemene aansprakelijkheidsnorm van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet

24. Evenals voor de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever, geldt ook voor diens aansprakelijkheid tegenover derden dat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet enkel betrekking heeft op (a) de *burgerrechtelijke aansprakelijkheid* (b) van de *werknemers*

¹⁰³ PAPIER-JAMOULLE, M., o.c., *R.P.D.B., Complément III*, 591, nr. 280; NAESSENS, A., o.c., *Arbeidsrecht*, II-3, 42, nr. 57; zie ook: Cass., 24 mei 1962, *Pas.*, 1962, I, 1082, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7232, met noot DALCQ, R.-O.

¹⁰⁴ Zie daarover o.m. TROCLET, L.-E. (red.), o.c., *Les Nouvelles, Droit social*, IV, 390-393, nrs. 1009-1018; CLESSE, J., o.c., *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 225-228; VAN DE VELDEN, A. en SCHAMP, H., *Arbeidsongevallen. Privé-sector*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 215-216; DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 117-118, nr. 26, evenals de verwijzingen aldaar; over de verhouding tot artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, zie eveneens VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het Arbeidsrecht*, 150, nr. 239bis, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 258.

die door een *arbeidsovereenkomst* zijn verbonden, (c) voor de schade die zij in de uitvoering van hun *arbeidsovereenkomst* hebben veroorzaakt¹⁰⁵.

A. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid

25. Artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet beperkt alleen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer, zowel t.o.v. de werkgever als t.o.v. derden, en laat zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid ongemoeid¹⁰⁶. Een specifiek probleem m.b.t. de aansprakelijkheid tegenover derden, is de vraag of deze bepaling ook van toepassing is op de in de artikelen 1384 tot 1386 B.W. geformuleerde regels van kwalitatieve aansprakelijkheid. Hierop kan geen algemeen antwoord worden gegeven; daartoe dienen deze wetsbepalingen, ook in hun eventuele onderdelen, afzonderlijk te worden beschouwd.

26. Bij de behandeling van het probleem of artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is op artikel 1384, eerste lid, B.W., dat de *bewaarder van een gebrekkige zaak* aansprakelijk stelt voor de door het gebrek veroorzaakte schade, moet vooraf een antwoord worden gegeven op de vraag of een werknemer kan worden beschouwd als bewaarder van een gebrekkige zaak in de zin van deze bepaling. In België wordt meestal geoordeeld dat de aangestelde-werknemer in principe niet de bewaarder wordt van de zaken die hem door zijn aansteller-werkgever worden toevertrouwd, daar hij niet voor eigen rekening handelt, maar deze zaken gebruikt of bij zich houdt voor rekening van zijn werkgever, die de bevoegdheid bezit om er toezicht, leiding en controle op uit te oefenen¹⁰⁷. Het mag echter niet volledig worden uitgesloten dat een aangestelde-werknemer, aan wie door de aansteller een zaak wordt toevertrouwd, in feite voor eigen rekening het beheer, het toezicht en de controle van deze zaak uitoefent, bv. bij het gebruik van eigen arbeidsgereedschap, en dus eventueel toch als bewaarder van een gebrekkige zaak kan worden beschouwd¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Zie *supra*, nr. 6, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 15.

¹⁰⁶ Zie *supra*, nr. 7, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 16. Deze beperkte civielrechtelijke aansprakelijkheid kan eventueel wel een invloed uitoefenen op de behandeling van de burgerlijke verordening van de derde-benadeelde voor de strafrechter (zie daarover o.m. VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 148-150, nr. 239, en de verwijzingen aldaar).

¹⁰⁷ Zie o.m. Cass., 16 oktober 1902, *Pas.*, 1902, I, 350, met conclusie van de advocaat-generaal VAN SCHOOR; Cass., 15 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1126, *J.T.*, 1962, 635, met noot DALCQ, R.O., *R.G.A.R.*, 1963, nr. 7030; Luik, 8 januari 1975, en Rb. Verviers, 19 juni 1973, *De Verz.*, 1975, 487; Brussel, 27 april 1977, *Pas.*, 1978, II, 4; Kh. Brussel, 15 maart 1967, *R.W.*, 1966-67, 1972; *R.G.A.R.*, 1967, nr. 7891; *Jur. Comm. Brux.*, 1967, 176; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 515, nrs. 1556-1557, en 662, nr. 2099; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1050, nr. 1012; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1222, nr. 748; CORNELIS, L., *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, 237, nr. 247; zie voorts de talrijke verwijzingen bij MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., «Subordination et conjugaison verticale en matière de responsabilité quasi délictuelle» (noot onder Cass., 5 november 1981), *R.C.J.B.*, 1985, (212), 214-215, nr. 4.

¹⁰⁸ DABIN, J. en LAGASSE, A., «Examen de la jurisprudence (1959

In deze laatste, vrij uitzonderlijke, hypothese, rijst dan de vraag of de door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet ingevoerde beperking van de aansprakelijkheid van de werknemer, ook geldt in het geval deze laatste als bewaarder van een gebrekkige zaak in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W. kan worden beschouwd. Indien het antwoord hierop bevestigend luidt, heeft dit tot gevolg dat de derde-benadeelde niet meer zal kunnen volstaan met enkel nog een beroep te doen op deze laatste bepaling, om van de werknemer, bewaarder van de gebrekkige zaak, schadevergoeding te verkrijgen, daar hij dan nog diens opzettelijke fout, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout zal moeten aantonen¹⁰⁹. Ten voordele van deze opvatting kunnen drie argumenten worden aangevoerd. In de eerste plaats wordt, in de algemene bewoordingen waarin artikel 18, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet is geformuleerd («Ingeval de werknemer bij de uitvoering van zijn overeenkomst de werkgever of derden schade berokkent, is hij enkel aansprakelijk ...»), geen onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid voor eigen foutieve daad en de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken en personen¹¹⁰. In de tweede plaats mag erop worden gewezen dat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet volgens de meerderheidsopvatting in de rechtsleer op minstens één geval van kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen moet worden toegepast, namelijk op de aansprakelijkheid van de leraars voor de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daden van hun leerlingen (art. 1384, vierde lid, B.W.)¹¹¹. Als derde argument kan worden aangevoerd dat uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 18 van de Arbeidsovereen-

à 1963). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1963, (257), 292, nr. 43; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 515-516, nr. 1558, 662, nr. 2099 en 701, nr. 2212; VAN MULLEM, J., «La conjugaison des mécanismes de la responsabilité délictuelle» (noot onder Cass., 15 december 1975), *R.C.J.B.*, 1978, (262), 274-275, nr. 20; CORNELIS, L., o.c., 237-238, nr. 247; MEULDERS, L., «Le concours des différents régimes de responsabilité prévus aux articles 1384 à 1386bis du Code civil», *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.842/9, nr. 40; MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., o.c., *R.C.J.B.*, 1985, 216-220, nrs. 6-10 (met enige terughoudendheid); zie uitdrukkelijk in die zin, m.b.t. de aansprakelijkheid van de eigenaar of bewaarder van een dier (art. 1385 B.W.), Cass., 5 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 320, *Pas.*, 1982, I, 316, met conclusie van de procureur-generaal DUMON, F., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.526, met conclusie, *R.W.*, 1983-84, 2909, met noot, *R.C.J.B.*, 1985, 207, met noot MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A.

¹⁰⁹ *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de aansprakelijkheid van de werknemer als bewaker van een dier; zie met enige aarzeling in die zin DALCQ, R.O., o.c., *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.040/1-verso.

¹¹⁰ *Contra*: CORNELIS, L., o.c., 237, nr. 247, voetnoot 153, die van oordeel is dat op basis van de in artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet gebruikte bewoordingen («bedrog», «zware schuld», «lichte schuld als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevalig voorkomt») wellicht moet worden aangenomen dat de wetgever alleen de aansprakelijkheid van de werknemer voor zijn persoonlijke fout heeft bedoeld, en niet zijn kwalitatieve aansprakelijkheid als bewaarder van een gebrekkige zaak (art. 1384, eerste lid, B.W.) of van een dier (art. 1385 B.W.). In een vroegere bijdrage over dit onderwerp heb ik zelf deze opvatting onderschreven (VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 139, nr. 224).

¹¹¹ Zie daarover *infra*, nr. 24, en de verwijzingen aldaar.

komstenwet duidelijk blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest de aansprakelijkheid van de werknemer zoveel mogelijk te beperken¹¹².

27. M.b.t. de weerslag van artikel 18 van de Arbeids-overeenkomstenwet op de aansprakelijkheid van de *ouders* voor de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daden van hun minderjarige kinderen, moet de aandacht worden gevestigd op twee problemen als het een *minderjarige werknemer* betreft.

In de eerste plaats rijst de vraag of de derde-benadeelde, in het geval hij de minderjarige werknemer, wegens de beperkingen van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, niet persoonlijk aansprakelijk kan stellen, een vordering tot schadeloosstelling kan instellen tegen diens ouders, al dan niet samen met een vordering tegen de aansteller. Daar in onze rechtspraak meestal geen samenloop van de kwalitatieve aansprakelijkheden van artikel 1384 B.W. wordt aanvaard, dient het antwoord op deze vraag ontkennend te zijn. De achterliggende redenering daarbij is dat gedurende de periode dat de minderjarige werknemer zich onder het gezag van zijn aansteller-werkgever bevindt, deze laatste ook het gezag van de ouders uitoefent, zodat voor de onrechtmatige daden die door de minderjarige werknemer tijdens deze tijdsspanne worden begaan, alleen de aansteller en niet de ouders aansprakelijk kunnen worden gesteld¹¹³.

Als in zo'n geval de aansteller nu aansprakelijk wordt gesteld voor de onrechtmatige daad van zijn minderjarige

werknemer, die krachtens artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet hiervoor zelf niet aansprakelijk kan worden gesteld, rijst in de tweede plaats de vraag of de aansteller eventueel op basis van artikel 1384, tweede lid, B.W. een regresvordering kan uitoefenen tegen de ouders van deze minderjarige werknemer. Ook op deze vraag dient een ontkennend antwoord te worden gegeven, daar de aansteller hier krachtens artikel 1251, 3°, B.W.¹¹⁴ optreedt als gesubrogeerde in de rechten van de derde-benadeelde¹¹⁴ en derhalve niet meer rechten kan uitoefenen dan deze laatste (zie de artt. 1249 en 1252 B.W.), wat *in casu* met zich meebrengt, zoals zoëven opgemerkt, dat hij ook de ouders niet op basis van artikel 1384, tweede lid, B.W. tot schadevergoeding kan aanspreken.

28. De weerslag van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet op de aansprakelijkheid van de *aansteller* krachtens artikel 1384, derde lid, B.W., wordt verderop nog afzonderlijk besproken bij de studie van de aansprakelijkheid van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer¹¹⁵. De invloed van voornoemde bepaling op het aansprakelijkheidsvermoeden dat door artikel 1384, vierde lid, B.W. op de *onderwijzers* wordt gelegd, is een probleem dat nauw samenhangt met de omschrijving van het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, waarover in de volgende twee randnummers wordt gehandeld.

B. Het toepassingsgebied ratione personae van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet: werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst

29. Zoals voor de aansprakelijkheid van de werknemers tegenover de werkgever, geldt ook voor hun aansprakelijkheid tegenover derden dat het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet beperkt blijft tot de in artikel 1 van deze wet genoemde werknemers.

Hieruit volgt o.m. dat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing is op de personen die in *overheidsdienst* zijn tewerkgesteld, voor zover hun arbeidsrechtelijke situatie statutair is geregeld (zie art. 1, tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet). Als deze personen als organen van de overheid kunnen worden beschouwd¹¹⁶, geldt overigens dat zij overeenkomstig het gemene recht (artt. 1382-1383 B.W.) aansprakelijk zijn voor de schade die zij in de uitoefening van hun functie aan een derde hebben toegebracht¹¹⁷. Nu de personeelsleden in overheidsdienst

¹¹² Zie daarover o.m. VAN OEVELEN, A., o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 137-138, nr. 221, en de verwijzingen aldaar.

¹¹³ Cass., 9 juli 1934, *Pas.*, 1934, I, 352, *R.G.A.R.*, 1934, nr. 1649 (samenloop met aansprakelijkheid van aansteller); Cass., 10 juli 1950, *Pas.*, 1950, I, 828 (samenloop met aansprakelijkheid van aansteller); Cass., 22 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 64, *Pas.*, 1979, I, 99, *R.W.*, 1978-79, 1425, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.076; *J.T.*, 1980, 508, met noot MALENGREAU, X., (samenloop met aansprakelijkheid van leerkracht); Brussel, 7 juni 1969, en Kh. Leuven, 5 mei 1968, *B.R.H.*, 1969, I, 277 (samenloop met aansprakelijkheid van ambachtsman); Brussel, 27 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2212; *De Verz.*, 1976, 497 (samenloop met aansprakelijkheid van leerkracht); Luik, 7 mei 1985, *Jur. Liège*, 1985, 414 (samenloop met aansprakelijkheid van aansteller); DE PAGE, H., *Traité*, II, 929, nr. 974, B; MALENGREAU, X. noot onder Cass., 22 september 1978, *J.T.*, 1980, (509), 510-511; zie voorts de verwijzingen bij DALCQ, R.O., *Traité*, I, 535-536, nrs. 1642-1643, en bij VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1293-1294, nr. 129, en bij VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1456-1457, nr. 119; voor kritiek op deze rechtspraak, zie o.m. DALCQ, R.O., *Traité*, I, 536-538, nrs. 1646-1653; HAMELINK, P., «Over de ouderlijke aansprakelijkheid», *De Verz.*, 1978, (295), 324-325, nr. 12, C; VAN MULLEM, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1978, 268-269, nrs. 9-10; LEGROS, P., «Le cumul de la responsabilité des parents et des instituteurs», *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.073/2-3, nrs. 10-15; KRUIJTHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 30, nr. 11; RIGAUX, F., «La responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs: abstraction et réalité», in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, (311), 324, nr. 18; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 18-19, nr. 18; MEULDERS, L., o.c., *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.842/5, nrs. 17-18.

¹¹⁴ Betreffende deze juridische grondslag, zie Cass., 10 juli 1952, *Pas.*, 1952, I, 738, *R.W.*, 1952-53, 1228; Cass., 10 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1088, *R.C.J.B.*, 1958, 5, met noot GEVERS, M.; Cass., 24 mei 1962, *Pas.*, 1962, I, 1082, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7232, met noot DALCQ, R.O.; Cass., 21 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 692, *Pas.*, 1972, I, 683; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 626, nr. 1995; FAGNART, J.-L., *Examen II*, 85, nr. 99.

¹¹⁵ Zie daarover *infra*, nr. 58, en de verwijzingen aldaar.

¹¹⁶ Betreffende het begrip «orgaan van de overheid», zie voetnoot 31, en de verwijzingen aldaar; zie ook *infra*, nr. 52, en de verwijzingen aldaar.

¹¹⁷ Cass., 14 april 1921, *Pas.*, 1921, I, 136, met eensluitende conclusie van de advocaat-generaal LECLERCQ, P.; Cass., 23 november 1931, *Pas.*, 1931, I, 291; Cass., 14 november 1946, *Arr.*

die over een statutaire rechtspositie beschikken, meestal als organen van de overheid zijn te beschouwen, brengt artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, op het vlak van de aansprakelijkheid tegenover derden, een ongelijkheid te weeg ten nadele van deze personen, daar de personeelsleden in overheidsdienst wier toestand niet statutair is geregeld en de werknemers in de privé-sector slechts aansprakelijk kunnen worden gesteld voor hun opzettelijke fout, hun zware fout en hun gewoonlijk voorkomende lichte fout. Zoals voor de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover de werkgever, geldt ook hier dat geen redelijke verantwoording kan worden gevonden voor dit als discriminatoir overkomend onderscheid, dat dan ook terecht werd bekritiseerd¹¹⁸.

30. Deze ongelijke behandeling komt zeer duidelijk tot uiting bij het onderzoek van de weerslag van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet op de aansprakelijkheid van de *onderwijzers* krachtens artikel 1384, vierde lid, B.W.

Krachtens artikel 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet dienen de *leerkrachten* van de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het *vrij onderwijs* als *werknemers* te worden beschouwd, daar hun arbeidsrechtelijke situatie (vooralsnog) niet statutair is geregeld¹¹⁹. De tijdelijk «benoemde» leerkrachten van het officieel onderwijs zijn ook door een arbeidsovereenkomst aangeworven en zijn eveneens te beschouwen als werknemers in de zin van artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet. De *vast benoemde leerkrachten* van het *officieel onderwijs* beschikken daarentegen over een *statuut* en zijn niet onderworpen aan de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet¹²⁰. Deze

verschillende arbeidsrechtelijke situatie heeft belangrijke implicaties op het vlak van de aansprakelijkheid van de betrokkenen krachtens artikel 1384, vierde lid, B.W.

Daar de vast benoemde leerkrachten van het officieel onderwijs niet aan de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet zijn onderworpen, is ook artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet op hen van toepassing. Het aansprakelijkheidsvermoeden van artikel 1384, vierde lid, B.W. blijft voor hen onverkort gelden¹²¹.

Daar de leerkrachten van het vrij gesubsidieerd onderwijs en de tijdelijk benoemde leerkrachten van het officieel onderwijs wel aan de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet zijn onderworpen, brengt de toepassing van artikel 18 van deze wet met zich mee dat voor deze categorie van leerkrachten het aansprakelijkheidsvermoeden van artikel 1384, vierde lid, B.W. niet meer geldt, voor zover het gaat om de toevallig gepleegde lichte fouten en de lichtste fouten. Op grond van laatstgenoemde bepaling kunnen deze leerkrachten bijgevolg niet meer aansprakelijk worden gesteld voor de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daden van de onder hun toezicht staande leerlingen, als zij aantonen dat het niet beletten van deze handelingen niet te wijten is aan hun persoonlijke opzettelijke fout, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout¹²². Om deze leerkrachten op basis van de artikelen 1382-1383 B.W. aansprakelijk te kunnen stellen, kan het slachtoffer ook niet meer volstaan met te bewijzen dat de betrokkenen een niet gewoonlijk bij hen voorkomende lichte fout hebben gepleegd of dat zij een *culpa levissima* hebben begaan¹²³.

Uit wat voorafgaat blijkt duidelijk de ongelijkheid die tussen de twee voornoemde categorieën van leerkrachten in ons land bestaat op het vlak van de aansprakelijkheid voor de onder hun toezicht staande leerlingen. Voor dit als discriminatoir overkomend onderscheid kan geen redelijke verantwoording worden gegeven. Bovendien is deze situatie nadelig voor de slachtoffers van de onrechtmatige daden begaan door leerlingen die onder het toezicht staan van leerkrachten die zich kunnen beroepen op de door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet ingestelde aansprakelijkheidsbeperking¹²⁴. Dit nadeel verdwijnt evenwel indien de onderwijsinstelling zelf als aansteller op basis van artikel 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk kan worden gesteld voor de onrechtmatige daden van haar aangestelden-leerkrachten, ook als deze laatsten niet persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld¹²⁵.

Verbr., 1946, 380, *Pas.*, 1946, I, 415; *Cass.*, 17 juni 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1305, *Pas.*, 1982, I, 1221, *J.T.*, 1982, 800, *R.W.*, 1984-85, 1143, met noot, *R.C.J.B.*, 1986, 680, met noot CORNELIS, L.; GOOSSENS, C., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1958, 47-58; DALCO, R.O., *Traité*, I, 462, nrs. 1386-1387; FLAMME, M.-A., *o.c.*, *Rev. Adm. B.*, 1968, 82-85, nrs. 10-12; MAST, A., DUJARDIN, J. en ALEN, A., *o.c.*, 537-539, nrs. 555-556; VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid* ..., 167-168, nr. 145.

¹¹⁸ Zie *supra*, nr. 10, en de verwijzingen aldaar in voetnoten 34 en 36.

¹¹⁹ *Cass.*, 8 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 399, *Pas.*, 1977, I, 394, met conclusie van de eerste advocaat-generaal DUMON, F., *J.T.T.*, 1977, 27; *Cass.*, 12 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 530, met conclusie van de eerste advocaat-generaal DUMON, F., *Pas.*, 1977, I, 520, *R.W.*, 1976-77, 1937, met conclusie en met noot VERSTEGEN, R., *J.T.T.*, 1977, 152, met conclusie; *Cass.*, 25 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1276, *Pas.*, 1979, I, 1234, *R.W.*, 1979-80, 183, met conclusie van de advocaat-generaal LENAERTS, H., *J.T.T.*, 1981, 72; *Cass.*, 26 november 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 379, *Pas.*, 1980, I, 382; zie daarover uitvoeriger VERSTEGEN, R., *Het statuut van het personeel in het vrij onderwijs*, Antwerpen-Amsterdam, Maarten Kluwer, 1980; JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales, 1982, 48-54, nrs. 35-39.

¹²⁰ FAGNART, J.-L., *o.c.*, *Responsabilité et réparation des dommages*, 73, nr. 85; vgl. MALENGREAU, X., *o.c.*, *J.T.*, 1980, 510, nr. 14; MEULDERS, L., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.842/5-verso, nr. 18; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1480, nr. 131, bij welke auteurs geen onderscheid wordt gemaakt tussen de tijdelijk benoemde en de vast benoemde personeelsleden van het officieel onderwijs.

¹²¹ FAGNART, J.-L., *ibid.*; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1480-1481, nr. 131.

¹²² KRUIHOF, R., *o.c.*, *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 42-43, nr. 24; MALENGREAU, X., *o.c.*, *J.T.*, 1980, 510, nr. 14; ANDRÉ, R., *o.c.*, 193, nr. 151; MEULDERS, L., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.842/5-verso, nr. 18; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1480, nr. 131; Pol. Hasselt, 9 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1510; *Limb. Rechtsl.*, 1979, 115; *contra*, doch m.i. ten onrechte, FAGNART, J.-L., *ibid.*

¹²³ KRUIHOF, R., *o.c.*, *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 43, nr. 24; ANDRÉ, R., *ibid.*

¹²⁴ KRUIHOF, R., *ibid.*; ANDRÉ, R., *ibid.*

C. In de uitvoering van de arbeidsovereenkomst

31. De door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet ten voordele van de werknemer ingestelde aansprakelijkheidsbeperking geldt enkel voor de fouten die hij in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst heeft begaan. Zoals voor de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover de werkgever, geldt ook voor zijn aansprakelijkheid tegenover derden dat het in die bepaling gebruikte begrip «bij de uitvoering van zijn (arbeids)overeenkomst» op dezelfde extensieve wijze dient te worden geïnterpreteerd als het begrip «in de bediening» in artikel 1384, derde lid, B.W.¹²⁶.

§ 3. Toepassingsvoorwaarden voor de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden op grond van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet

32. Opdat een werknemer op grond van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die hij bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst aan derden heeft veroorzaakt, dient de benadeelde, zoals bij de toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W., het bestaan aan te tonen van een buitencontractuele fout, van een schade en van het oorzakelijk verband tussen beide. Hierna wordt enkel nog aandacht besteed aan het fout- en het schadevereiste; voor het causaliteitsverband kan toepassing worden gemaakt van de gemeenrechtelijke regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Ook voor de aansprakelijkheid tegenover derden vereist artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat door de werknemer een *gekwalficeerde fout* is begaan, d.i. hetzij een opzettelijke fout, hetzij een zware fout, hetzij een bij hem gewoonlijk voorkomende lichte fout. Deze drie foutbegrippen werden hierboven reeds uitvoerig besproken bij de behandeling van de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever¹²⁷. Hierna worden nog slechts enkele specifieke aspecten belicht m.b.t. de aansprakelijkheid tegenover derden.

A. Een gekwalficeerde fout

a) De opzettelijke fout

33. Inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid dient aan het begrip «*opzettelijke fout*» wezenlijk dezelfde bete-

kenis te worden gehecht als inzake de contractuele aansprakelijkheid¹²⁸. Op het buitencontractuele vlak gaat het dan om de bewuste miskenning van een rechtsnorm die een welomschreven gebod of verbod oplegt, of van de algemene zorgvuldigheidsnorm¹²⁹. In de rechtspraak zijn hiervan vooralsnog geen voorbeelden bekend m.b.t. de aansprakelijkheid van de werknemer.

b) De zware fout

34. Ook het begrip «*zware fout*» vertoont *grosso modo* dezelfde karakteristieken in het contractuele als in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, zij het dat het in dit laatste geval dient te gaan om de schending van een wettelijke of reglementaire norm of van een algemene gedragsnorm, waarvan de naleving noodzakelijk is voor de vrijwaring van de bestaande maatschappelijke organisatie. Een belangrijk beoordelingselement is ook hier de waarschijnlijkheid dat schade zou worden berokkend door de miskenning van deze normen¹³⁰.

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de goedkeuring van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, wordt erop gewezen dat geen wijziging wordt gebracht in de interpretatie die tot dan toe aan het begrip «*zware fout*» werd gegeven¹³¹. Blijkbaar geldt dit ook voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden, zodat de vroegere rechtspraak hierover inzake de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover de werkgever nog als leidraad kan dienen voor de interpretatie en de toepassing van dit begrip bij de beoordeling van diens aansprakelijkheid tegenover derden¹³².

In de memorie van toelichting wordt er voorts aan herinnerd dat volgens de vroegere rechtspraak strafrechtelijk gesanctioneerde fouten van de werknemer, in het bijzonder de overtredingen van het Wegverkeersreglement, niet noodzakelijk als een zware fout in de zin van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet mogen worden beschouwd¹³³. Deze rechtspraak heeft zich na 1978 doorgezet m.b.t. de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden¹³⁴.

¹²⁸ CORNELIS, L., o.c., J.T., 1981, 515 nr. 11.

¹²⁹ Betreffende deze omschrijving van het begrip «opzettelijke fout», zie *supra*, nrs. 14-15, en de verwijzingen aldaar in de voetnoten 49 en 53.

¹³⁰ CORNELIS, L., o.c., J.T., 1981, 514 nr. 6; zie ook *supra*, nr. 16, en de verwijzingen aldaar.

¹³¹ Memorie van toelichting bij het «Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 6.

¹³² Zie ook *supra*, nr. 17, m.b.t. de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever.

¹³³ Memorie van toelichting bij het «Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 6-7; betreffende deze rechtspraak, zie *supra*, nr. 17, en de verwijzingen aldaar in de voetnoten 67 tot 73.

¹³⁴ Gent, 19 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 44, met noot (maneuver uitvoeren op de openbare weg zonder voorrang te verlenen aan het doorgaand verkeer); Luik, 21 oktober 1982, *Jur. Liège*, 1983, 406 (alcoholintoxicatie die krachtens het gezag van gewijsde van het strafvonnis geen oorzaak is van het verkeersongeval); Arbh. Luik, 19 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 97 (motivering; *in casu* werd wel een zware fout aangenomen); Arbh. Antwerpen, 18 april

¹²⁵ ANDRÉ, R., *ibid.* Betreffende de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van de aangestelde-werknemer, in het geval deze laatste niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld, zie *infra*, nr. 58, en de verwijzingen aldaar. Dit nadeel kan ook worden ondervangen door de onderwijsinstelling zelf te beschouwen als «onderwijzer» in de zin van artikel 1384, vierde lid, B.W., en aan het daarin geformuleerde aansprakelijkheidsvermoeden te onderwerpen (in die zin: KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 41, nr. 21, en 43, nr. 24; ANDRÉ, R., *ibid.*), maar dit lijkt in de huidige stand van ons recht moeilijk in overeenstemming te brengen met het begrip «onderwijzer» in deze bepaling en met de bedoeling van de wetgever (zie nochtans Brussel, 16 maart 1962, *Pas.*, 1962, II, 256; Brussel, 27 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2212, *De Verz.*, 1976, 497).

¹²⁶ Zie daarover *supra*, nr. 12, en de verwijzingen aldaar.

¹²⁷ Zie *supra*, nrs. 14-19, en de verwijzingen aldaar.

Zelfs de zgn. «zware verkeersovertredingen»¹³⁵ worden niet automatisch als een «zware fout» in de zin van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet gekwalificeerd¹³⁶, maar op basis van de concrete omstandigheden lijkt een deel van de rechtspraak in zulke gevallen wel geneigd te zijn tot een zware fout te besluiten¹³⁷. Deze rechtspraak verdient goedkeuring, enerzijds omdat het een algemeen bekend feit is dat zelfs zeer aandachtige en nauwgezette weggebruikers geregeld verkeersovertredingen begaan¹³⁸, en anderzijds omdat het strafrecht en het aansprakelijkheidsrecht verschillende doelstellingen nastreven. Het is niet omdat een bepaalde inbreuk een strafrechtelijke incriminatie krijgt, dat hieraan ook automatisch de civielrechtelijke kwalificatie «zware fout» moet worden verbonden.

c) De gewoonlijk voorkomende lichte fout

35. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover derden dient aan het begrip «gewoonlijk voorkomende lichte fout» in artikel 18, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet dezelfde betekenis te worden gehecht als inzake de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever. Het moet dus gaan om bij de werknemer herhaaldelijk voorkomende lichte fouten, niet noodzakelijk van dezelfde aard, die echter ieder op zichzelf zijn aansprakelijkheid niet zouden kunnen teweegbrengen¹³⁹. Bij het hanteren van de norm van het «gewoonlijk voorkomen» van de fout inzake de aansprakelijkheid tegenover derden, dient evenwel rekening te worden gehouden met twee bewijsrechtelijke problemen.

In de eerste plaats rijst de vraag wie ter zake de *bewijslast* draagt. Als men deze bewijslast door de benadeelde laat dragen, komt dit er eigenlijk op neer dat van hem wordt gevraagd feiten te bewijzen die hij bezwaarlijk kan kennen, namelijk het bestaan, in de persoon van de werk-

nemer die de schade heeft veroorzaakt, van een zekere neiging om in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst fouten te begaan. Als men deze bewijslast daarentegen door de werknemer zelf laat dragen, vraagt men van hem het bewijs van een negatief feit, namelijk de afwezigheid van de «gewoonte» om in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst foutief te handelen¹⁴⁰. Geen van beide oplossingen schenkt dus volledige bevrediging, maar overeenkomstig het gemeene recht (zie de artt. 1315 B.W. en 870 Ger. W.) dient men eerder aan te nemen dat de bewijslast ter zake op de benadeelde rust, die immers de eisende partij is in de aansprakelijkheidsvordering¹⁴¹.

Het tweede bewijsrechtelijk probleem waarop de aandacht moet worden gevestigd, betreft de vraag *hoe* dit «gewoonlijk voorkomen» van de lichte fout van de werknemer door de benadeelde zal worden *bewezen*. De benadeelde beschikt ter zake inderdaad niet over dezelfde mogelijkheden als de werkgever¹⁴². In de praktijk blijkt dat, als de fout van de werknemer aanleiding geeft tot een strafvervolgging, de burgerlijke partij dit bewijs tracht te leveren aan de hand van de gegevens die ze in het strafregister van de betrokken werknemer vindt, en dat de rechtspraak meestal ook op die basis besluit tot het al dan niet voorhanden zijn van een gewoonlijk voorkomende lichte fout¹⁴³. Helemaal bevredigend is dit criterium nochtans niet, omdat een vlekkeloos strafregister nog niets zegt over eventuele gewoonlijk voorkomende lichte fouten die niet strafrechtelijk worden beteugeld, terwijl omgekeerd een goed gevuld strafregister nog niet altijd op een gewoonte wijst¹⁴⁴. Ondanks deze onvolmaaktheden zal het strafregister voor de benadeelde derde in de praktijk vaak de enige informatiebron blijven om het «gewoonlijk voorkomen» van een lichte fout in hoofde van de werknemer te bewijzen.

B. Schade aan derden

36. Een werknemer zal tegenover derden slechts aansprakelijk kunnen worden gesteld als de door hem begane opzettelijke fout, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout aan deze derden *schade* heeft berokkend. Onder «derden» dient in artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet te worden verstaan alle andere personen dan de werkgever van een bepaalde werknemer, zoals de andere werknemers van dezelfde of van een andere werkgever, de leveranciers en de medecontractanten van de werkgever, en alle andere personen buiten het bedrijf van de werkge-

1985, *T.S.R.*, 1986, 201 (miskenning van voorrang van rechts); Corr. Luik, 24 mei 1982, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10.634 (miskenning van voorrang van rechts); Kh. Gent, 20 februari 1986, *De Verz.*, 1987, 512 (motivering); Pol. Hasselt, 9 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1510; *Limb. Rechtsl.*, 1979, 115; Pol. Hasselt, 6 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.448, met noot PANIER, G.

¹³⁵ Zie het K.B. van 7 april 1976 «tot aanwijzing van de zware overtredingen van het algemeen reglement op de politie van het wegverkeer», *B.S.*, 16 april 1976.

¹³⁶ Arbh. Luik, 19 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 97 (motivering; in casu werd wel een zware fout aanwezig geacht); Arbh. Antwerpen, 18 april 1985, *T.S.R.*, 1986, 201; Corr. Luik, 24 mei 1982, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10.634 (in beide gevallen miskenning van voorrang van rechts).

¹³⁷ Gent, 4 november 1982, *R.W.*, 1984-85, 2285, met noot (vrachtwagenbestuurder die, in uitgesproken staat van dronkenschap verkerende, door het roekeloos en met overdreven snelheid rijden, een verkeersongeval veroorzaakt); Arbh. Luik, 19 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 87 (vrachtwagenbestuurder die in een bocht, waar hij het uit de tegenovergestelde richting komende verkeer niet kan merken, een inhaalmaneuver uitvoert en daardoor een verkeersongeval veroorzaakt); Vred. Deurne, 8 mei 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.462; *R.W.*, 1982-83, 2002, met noot (overschrijden van doorlopende witte lijn).

¹³⁸ Zie daarover o.m. SIMOENS, D., *Vergoeding voor verkeersslachtoffers. Naar een grondige hervorming*, Antwerpen-Amsterdam, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, 1979, vooral 236-242, nrs. 154-156.

¹³⁹ Zie *supra*, nr. 19, en de verwijzingen aldaar.

¹⁴⁰ FAGNART, J.-L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 312 nr. 16; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 77, nr. 93.

¹⁴¹ DELVAUX, Ph., o.c., *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 126, nr. 42.

¹⁴² HOEN, H., o.c., *J.T.T.*, 1983, 240.

¹⁴³ Brussel, 1 april 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.460; Brussel, 26 januari 1983, *R.W.*, 1983-84, 169, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10.922; Corr. Nijvel, 10 mei 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.308, met noot MAHIEU, M.; Pol. Hasselt, 6 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.448, met noot PANIER, G.; zie ook FAGNART, J.-L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 312, nr. 16; CLESSE, J. en JAMOULLE, M., o.c., *R.C.J.B.*, 1983, 577, nr. 12.

¹⁴⁴ MAHIEU, M., noot onder Corr. Nijvel, 16 mei 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.308.

ver¹⁴⁵. De schade aan derden heeft betrekking op zowel schade aan de persoon als aan goederen van derden¹⁴⁶.

§ 4. Aansprakelijkheidsregeling van dwingend recht

37. Evenals de bepalingen m.b.t. de aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever, zijn ook de regels betreffende diens aansprakelijkheid tegenover derden van *dwingend recht*, en mag hiervan op straffe van nietigheid niet worden afgeweken (art. 18, derde lid, Arbeidsovereenkomstenwet). In tegenstelling tot bij de aansprakelijkheid tegenover de werkgever is er hier geen mogelijkheid om van de wettelijke aansprakelijkheidsregeling af te wijken bij een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst. Men heeft in dit geval immers te maken met een aansprakelijkheid tegenover derden, die per definitie vreemd zijn aan de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer. Welnu, zo merkte de Raad van State in zijn advies op, de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités verleent noch aan de Koning noch aan de paritaire comités enige bevoegdheid om regels uit te vaardigen waarin wordt afgeweken van de in het Burgerlijk Wetboek vervatte regels aangaande de buitencontractuele aansprakelijkheid¹⁴⁷.

Deel II

DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKGEVER VOOR DE ONRECHTMATIGE DADEN VAN DE WERKNEMER IN DE UITVOERING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

Hoofdstuk I

DE CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKGEVER-SCHULDENAAR VOOR HET OPTREDEN VAN ZIJN HULPPERSONEN (AANGESTELDEN EN ANDERE UITVOERINGSAGENTEN)

§ 1. Probleemstelling — Principe van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen

38. In onze moderne samenleving komt het steeds vaker voor dat een contractuele schuldenaar voor de nakoming van zijn verbintenissen een beroep doet op andere personen die hem daarbij helpen of zelfs geheel of gedeeltelijk vervangen. Deze hulppersonen noemt men *uitvoeringsagenten*. Dit zijn personen die door de schuldenaar van een contractuele verbintenis worden belast met de gehele of gedeeltelij-

ke uitvoering van die verbintenis¹⁴⁸. Als de uitvoeringsagent deze verplichtingen uitvoert onder het gezag, de leiding en het toezicht van de hoofdschuldenaar, is hij te beschouwen als een aangestelde van deze laatste; vaak zal hij dan ook door een arbeidsovereenkomst met de hoofdschuldenaar zijn verbonden, ofschoon zulks niet noodzakelijk het geval hoeft te zijn¹⁴⁹. Als de uitvoeringsagent deze verplichtingen op een vrij onafhankelijke wijze kan uitvoeren, is hij door een aannemingsovereenkomst met de hoofdschuldenaar verbonden en dient hij als een onderaannemer te worden beschouwd¹⁵⁰.

taak een fout begaat, kan daaruit voortvloeien dat de hoofdovereenkomst wordt geschonden en dat de hoofdschuldenaar dus zijn contractuele verbintenis(sen) niet nakomt. De hier aan de orde zijnde vraag is nu — als we ons hierna beperken tot het geval van de uitvoeringsagent-werknemer — of de werkgever tegenover zijn medecontractant aansprakelijk kan worden gesteld voor die aan zijn werknemer te wijten contractuele wanprestatie.

39. In tegenstelling tot sommige van de ons omringende landen¹⁵¹, kent België *geen algemene wettelijke regeling* van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad. Wel zijn er enkele specifieke wetsbepalingen waarin voor sommige bijzondere overeenkomsten de hoofdschuldenaar contractueel aansprakelijk wordt gesteld voor de daden van de personen die hem bij de nakoming van zijn verbintenissen hebben bijgestaan of vervangen¹⁵².

¹⁴⁸ VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1468, nr. 245; KRUIHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, 612, nr. 107.

¹⁴⁹ Betreffende het begrip «aanstelling», zie *infra*, nr. 51, en de verwijzingen aldaar.

¹⁵⁰ Zelfde verwijzingen als in voetnoot 148; vgl. het in de Franse literatuur gehanteerde onderscheid tussen de «aides» of «auxiliaires» en de «substituts» (zie o.m. MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1951, nr. 997; LE TOURNEAU, Ph., *La responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 1982, 431, nr. 1360; VINEY, G., o.c., 915, nrs. 821-822).

¹⁵¹ Zie o.m. § 278 Westduitse *B.G.B.*: «Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden (...); artikel 101, lid 1, Zwitserse *Code des obligations*: «Celui qui, même d'une manière illicite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des employés, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail»; artikel 1228 Italiaanse *Codice civile*: «Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro»; artikel 6.1.8.3 Nieuw Nederlands B.W.: «Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van de verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk».

¹⁵² Zie vooral artikel 1735 B.W.: «De huurder is aansprakelijk voor de beschadigingen en de verliezen die ontstaan door toedoen van zijn huisgenoten of van zijn onderhuurders»; artikel 1797 B.W.: «De aannemer is aansprakelijk voor de daad van de personen die hij bezigt»; artikel 1954bis B.W.: «De rechten van de gast gaan teniet indien hij niet onmiddellijk na de vaststelling van de opgelopen schade kennis daarvan geeft, behoudens wanneer de schade veroorzaakt is door de schuld van de hotelhouder of van de

¹⁴⁵ HOEN, H., o.c., *J.T.T.*, 1983, 240.

¹⁴⁶ Memorie van toelichting bij het «Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 6; NAESSENS, A., o.c., *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten*, 68; TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., *J.T.T.*, 1978, 289; TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., *Nouveaux visages du contrat de travail*, 38.

¹⁴⁷ Advies van de Raad van State bij het «Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1, blz. 66.

Niettegenstaande deze gebrekkige wettelijke regeling, wordt in de Belgische rechtsleer¹⁵³ en rechtspraak¹⁵⁴ algemeen aanvaard dat een schuldenaar tegenover zijn medecontractant aansprakelijk is voor niet-nakoming of de niet-behoorlijke uitvoering van zijn verbintenissen, veroorzaakt door de fout van zijn aangestelden en andere uitvoeringsagenten. De aanvaarding van dit beginsel brengt omgekeerd met zich mee dat de fout die door de uitvoeringsagent bij de uitoefening van zijn opdracht werd begaan, niet kan worden beschouwd als de fout van een derde of als een vreemde oorzaak die de hoofdschuldenaar van zijn aansprakelijkheid zou bevrijden. De fout van de uitvoeringsagent is immers geen fout van een derde, maar geldt als een fout van zijn opdrachtgever (de hoofdschuldenaar) zelf¹⁵⁵.

Dat een contractuele schuldenaar aansprakelijk is voor

personen die hem diensten verlenen»; artikel 1994, eerste lid, B.W.: «De lasthebber is aansprakelijk voor hem die hij bij de uitvoering van zijn opdracht in zijn plaats gesteld heeft: 1° wanneer hij (...)».

¹⁵³ VAN RYN, J., *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Parijs, Sirey, 1933, 42, nr. 32; DE PAGE, H., *Traité*, II, 588, nr. 592; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 128, nr. 109; DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1960, 24-25; CHARLIER, P., conclusie voor Luik, 13 april 1961, *J.T.*, 1962, 62; KRUTHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, 628-629, nr. 118; DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeverij, 1984, 43-54, nrs. 42-45; FONTAINE, M., «Portée et limites du principe de la convention-loi», in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, (163), 189, nr. 56; DELVAUX, P.-H., «La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation», *J.T.*, 1987, 417-418, nrs. 5-13; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., *R.C.J.B.*, 1986, 212, nr. 103; zie in Frankrijk: MAZEUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1044-1046, nr. 990; VINEY, G., o.c., 911-914, nrs. 818-819 en de talrijke verwijzingen aldaar; LE TOURNEAU, Ph., o.c., 432, nr. 1362; *contra*: RODIÈRE, R., «Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui?», *Dall.*, 1952, *Chron.*, 79-84.

Sommige auteurs zijn van oordeel dat artikel 1245 B.W., waarin wordt bepaald dat de schuldenaar van een zekere en bepaalde zaak aansprakelijk is voor de beschadigingen die deze zaak heeft ondergaan door zijn persoonlijke fout of «door die van de personen voor wie hij aansprakelijk is», moet worden beschouwd als de uitdrukking van een algemene rechtsregel (zie o.m. DE PAGE, H., *Traité*, II, 588; nr. 592; KRUTHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, 628, nr. 118; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1612, nr. 210).

¹⁵⁴ Zie o.m. Cass., 24 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 576, met noot W.G., *Pas.*, 1974, I, 553, met noot W.G.; Cass., 21 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1268, *Pas.*, 1979, I, 1226, *J.T.*, 1979, 675; Antwerpen, 24 maart 1976, *J.T.*, 1976, 525, met noot LIBOUTON, J.; Brussel, 1 februari 1979, *Pas.*, 1979, II, 56, *J.T.*, 1979, 267, Rb. Kortrijk, 22 januari 1974, *R.W.*, 1974-75, 2227; Kh. Brussel, 10 juni 1975, *B.R.H.*, 1976, 91; Kh. Antwerpen, 13 januari 1977, *T. Aann.*, 1978, 33, met noot VER BERNE, K.

¹⁵⁵ VAN RYN, J., o.c., 42, nr. 32; DE PAGE, H., *Traité*, II, 588, nr. 592; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 128, nr. 109; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1468, nr. 245; DIRIX, E., o.c., 43, nrs. 42-43; FONTAINE, M., o.c., *Les obligations contractuelles*, 189, nr. 56; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., *R.C.J.B.*, 1986, 212, nr. 103; zie ook, voor wat de lastgeving aangaat, W.G., noot onder Cass., 24 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, (576), 578.

de aan zijn hulppersonen te wijten foutieve niet-nakoming van zijn verbintenissen, is redelijk t.a.v. de schuldeiser. Als deze regel niet zou gelden, zou de schuldenaar er immers belang bij hebben de verbintenis niet zelf uit te voeren en het risico van deze uitvoering op de schuldeiser af te wentelen¹⁵⁶. Nu de grote meerderheid van ondernemingen de uitvoering van hun verbintenissen aan aangestelden en andere uitvoeringsagenten toevertrouwen, beantwoordt deze aansprakelijkheid aan een sociaal-economische noodzaak¹⁵⁷.

§2. Rechtstheoretische grondslag van het principe van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen

40. Heel wat minder eensgezindheid bestaat er in de rechtsleer aangaande de *juridisch-theoretische fundering* van het principe van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de fouten van zijn uitvoeringsagenten¹⁵⁸.

E. Becqué, de eerste Franse auteur die aandacht heeft besteed aan de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen, baseert deze aansprakelijkheid op de theorie van de vreemde oorzaak die, volgens hem, vereist dat de gebeurtenis die als zodanig wordt ingeroepen, buiten de persoon van de schuldenaar ligt. Dit is niet het geval wanneer het gaat om de fout van een aangestelde of van een andere uitvoeringsagent op wie de hoofdschuldenaar vrijwillig een beroep doet voor de gehele of gedeeltelijke nakoming van zijn verbintenissen¹⁵⁹. Deze fundering wordt thans meestal verworpen, niet alleen omdat ze enkel kan worden aangewend voor resultaatsverbintenissen¹⁶⁰, maar ook omdat het uitwendigheidselement geen voorwaarde meer is om zich op de vreemde oorzaak te kunnen beroepen^{161,162}.

¹⁵⁶ DIRIX, E., o.c., 45, nr. 45, met verwijzing naar de Toelichting bij een Ontwerp van Nieuw Nederlands B.W. (p. 541).

¹⁵⁷ VINEY, G., o.c., 912-913, nr. 818; DELVAUX, P.-H., o.c., *J.T.*, 1987, 418, nr. 7.

¹⁵⁸ Voor een overzicht van de verschillende opvattingen, zie o.m. DELVAUX, P.-H., o.c., *J.T.*, 1987, 417-418, nrs. 5-8.

¹⁵⁹ BECQUÉ, E., «De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (contribution à l'étude du droit comparé des obligations)», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1914, (251), 284 e.v.; VAN RYN, J., o.c., 42, nr. 32; zie in die zin ook de auteurs geciteerd bij MAZEUD; H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1048, nr. 992, voetnoot 9.

¹⁶⁰ De contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen dient nochtans te gelden voor alle contractuele verbintenissen, zowel inspannings- als resultaatsverbintenissen (DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1960, 25; DELVAUX, P.-H., o.c., *J.T.*, 1987, 418, nr. 6; MAZEUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1048, nr. 992; VINEY, G., o.c., 912, nr. 818).

¹⁶¹ DELVAUX, P.-H., o.c., *J.T.*, 1987, 418, nr. 6 en voetnoot 7. De gebeurtenis die als vreemde oorzaak wordt ingeroepen, moet inderdaad «vreemd» of «extern» zijn aan de schuldenaar, maar dan enkel in die zin dat ze in geen enkel opzicht mag te wijten zijn aan of gepaard gaan met een fout van zijnentwege (zie daarover o.m. KRUTHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, 625, nr. 116).

¹⁶² Een andere kritiek die op de door E. Becqué gegeven verklaring wordt uitgebracht, is dat, wanneer wordt gezegd dat de fouten van hulppersonen niet als een vreemde oorzaak kunnen gelden, dit reeds impliceert dat men de hierna te bespreken identificatie- of vertegenwoordigingsgedachte aanvaardt, m.a.w. dat de (ook fou-

Andere auteurs zoeken de rechtstheoretische grondslag voor het principe van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen in de stilzwijgende overeenkomst die tussen partijen gesloten zou zijn dat de schuldenaar zich garant zou stellen voor zijn aangestelden en uitvoeringsagenten¹⁶³. Tegen die opvatting wordt terecht aangevoerd dat ze in veel gevallen op een fictie berust, daar de partijen hiervoor meestal noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend een regeling hebben getroffen¹⁶⁴.

Nog andere auteurs beschouwen de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen als de tegenhanger van wat artikel 1384, derde lid, B.W. is op het vlak van de buitencontractuele aansprakelijkheid, en zoeken de rechtstheoretische grondslag daarvoor ook in de risicotheorie¹⁶⁵.

Door G. Viney werd recent de opvatting verdedigd dat deze rechtstheoretische grondslag te vinden is in het verbod voor de schuldenaar om, zonder de uitdrukkelijke toestemming van de schuldeiser, zijn schuld aan een ander over te dragen¹⁶⁶. In die richting gaan ook de auteurs die van oordeel zijn dat de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen voortvloeit uit het principe zelf van de contractuele aansprakelijkheid: de schuldenaar is ertoe gehouden zijn contractuele verbintenissen na te komen, ook indien hij daarvoor een beroep doet op aangestelden en andere uitvoeringsagenten¹⁶⁷. Deze uitleg blijft echter vrij vaag; op die wijze wordt nog geen echte verklaring gegeven voor de contractuele aansprakelijkheid voor de daden van hulppersonen.

tieve) daden van hulppersonen als de daden van de schuldenaar zelf worden beschouwd (MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 1048, nr. 992). In die richting gaat ook de kritiek van E. DIRIX (*o.c.*, 43, nr. 43), die schrijft dat het afleiden van de aansprakelijkheid voor hulppersonen uit het niet-bevrijdend werken van de daden van deze hulppersonen, eigenlijk neerkomt op een kringredenering, daar beide keerzijden van een zelfde medaille zijn.

¹⁶³ SALLEILLES, R., *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Parijs, L.G.D.J., 1914, 16, nr. 17; zie ook in die zin, wat de onderaannemers betreft, MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 1049-1050, nr. 992.

¹⁶⁴ DABIN, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1960, 24; KRUIHOF, R., «Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering», in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, (281), 305, nr. 19, voetnoot 63; DELVAUX, P.-H., *o.c.*, *J.T.*, 1987, 418, nr. 6; zie in Frankrijk: BECQUÉ, E., *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1914, 280-281; RODIÈRE, R., *o.c.*, *Dall.*, 1952, *Chron.*, 79.

¹⁶⁵ DE PAGE, H., *Traité*, II, 588, nr. 592; KRUIHOF, R., *o.c.*, *Hulde aan René Dekkers*, 304-305, nr. 19 en voetnoot 63; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, 628-629, nr. 118.

¹⁶⁶ VINEY, G., *o.c.*, 912, nr. 818: «... reconnaître au débiteur le droit d'éluider ou même d'alléger sa responsabilité en faisant exécuter par un tiers ou en laissant un tiers agir à sa place serait l'autoriser à se délier unilatéralement de sa dette»; in dezelfde zin MIJNSSEN, F.H.J., *Fouten van hulppersonen in contractuele en precontractuele verhoudingen*, Alphen aan den Rijn, Tjeenk Willink, 1978, 11, die erop wijst dat een schuldenaar, zonder het akkoord van zijn schuldeiser, aan deze laatste geen andere schuldenaar mag opdringen.

¹⁶⁷ VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, 212, nr. 103; DELVAUX, P.-H., *o.c.*, *J.T.*, 1987, 418, nr. 8.

41. De best verdedigbare rechtstheoretische grondslag lijkt mij de *vertegenwoordigingsgedachte* te zijn, die dan niet in een juridisch-technische, maar in een ruimere, economische zin dient te worden verstaan. Hiermee wordt deze identificatiegedachte verwoord dat wanneer een contractuele schuldenaar een aangestelde of een uitvoeringsagent belast met de uitvoering van het geheel of van een deel van zijn verbintenissen, het is alsof die schuldenaar zelf optreedt. De hulppersoon identificeert zich als het ware met de schuldenaar, van wie hij het «instrument» of «de verlengde arm» vormt, zodanig dat de tekortkomingen die door hem worden begaan bij de uitvoering van de verbintenissen van zijn opdrachtgever, de hoofdschuldenaar, aan deze laatste moeten worden toegerekend¹⁶⁸.

Op deze vertegenwoordigingstheorie werd de kritiek geuit dat ze afbreuk doet aan de hoedanigheid van de uitvoeringsagent als derde t.o.v. de hoofdovereenkomst, omdat zijn persoonlijkheid als het ware verdwijnt en volledig opgaat in die van de (hoofd)schuldenaar¹⁶⁹. Dit is slechts gedeeltelijk juist, want deze identificatie geldt enkel in de verhouding tegenover de hoofdschuldeiser. Voorts werd hierop terecht door E. DIRIX geantwoord dat het precies vanuit deze identificatiegedachte te verklaren is dat het Hof van Cassatie in het zgn. «stuwadoorsarrest» besliste dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die de schuldenaar in zijn plaats stelt om de (hoofd)overeenkomst geheel of gedeeltelijk uit te voeren, t.a.v. de uitvoering van het contract en t.o.v. de medecontractant van de (hoofd)schuldenaar geen derde is¹⁷⁰. Zoals bekend leidde het Hof hieruit af dat die aangestelde of uitvoeringsagent op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. slechts aansprakelijk kan worden gesteld onder dezelfde voorwaarden waaronder ook de hoofdschuldenaar op buitencontractuele basis tot schadevergoeding kan worden aangesproken¹⁷¹.

§ 3. Toepassingsvoorwaarden voor de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen

42. De aansprakelijkheid van een contractuele schuldenaar tegenover zijn medecontractant voor de daden van zijn hulppersonen, is alleszins van contractuele aard, zodat

¹⁶⁸ DABIN, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1960, 25-26; KRUIHOF, R., *o.c.*, *Hulde aan René Dekkers*, 305, nr. 19, voetnoot 63; DIRIX, E., *o.c.*, 44, nr. 44; zie in Frankrijk: DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, VI, Parijs, Rousseau, 1931, 629, nr. 580; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 1049, nr. 992 (enkel wat de aangestelden betreft).

¹⁶⁹ DELVAUX, P.-H., *o.c.*, *J.T.*, 1987, 418, nr. 6; zie ook VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1469, nr. 245. Dit werd overigens reeds erkend door J. DABIN (*ibid.*), een van de verdedigers van deze theorie. Deze kritiek heeft sommige auteurs ertoe geleid het begrip zelf van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad ter discussie te stellen en te stellen dat men in dit geval afglijdt naar de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor eigen foutieve daad (zie DALCQ, R.O., *Traité*, I, 128, nr. 109; zie ook VAN RYN, J., *o.c.*, 42, nr. 32; zie ook het antwoord hierop van DELVAUX, P.-H., *o.c.*, *J.T.*, 1987, 418, nr. 6).

¹⁷⁰ DIRIX, E., *o.c.*, 44-45, nr. 44; zie Cass., 7 december 1973, geciteerd in voetnoot 8.

¹⁷¹ Betreffende deze rechtspraak, zie *infra*, nr. 47, en de verwijzingen aldaar.

de algemene toepassingsvoorwaarden voor de contractuele aansprakelijkheid vervuld dienen te zijn¹⁷². Deze algemene vereisten dienen echter nader te worden gepreciseerd c.q. aangevuld wegens het feit dat de schuldenaar een beroep heeft gedaan op een aangestelde of een andere uitvoeringsagent voor de nakoming van het geheel of van een deel van zijn contractuele verbintenissen. Hierna wordt enkel op deze specifieke vereisten ingegaan.

43. Omdat een schuldenaar tegenover zijn medecontractant aansprakelijk kan worden gesteld voor de daden van zijn hulppersonen, is in de eerste plaats vereist dat de uitvoeringsagent op wie hij een beroep heeft gedaan, de contractuele verbintenissen die hem werden opgedragen, niet of niet behoorlijk heeft uitgevoerd. De uitvoeringsagent, aangestelde of onderaannemer, moet m.a.w. een *tekortkoming* hebben begaan *aan de contractuele verbintenis(sen)* die hem werd(en) toevertrouwd¹⁷³, en hieruit moet voor de medecontractant van zijn opdrachtgever *schade* zijn voortgevloeid. In de doctrine wordt er de nadruk op gelegd dat deze tekortkoming moet zijn begaan bij de uitvoering van de contractuele verplichtingen en niet enkel ter gelegenheid daarvan. Anders dan voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van artikel 1384, derde lid, B.W., waar het begrip «in de bediening» vrij ruim wordt opgevat, wordt hier geëist dat het schadetoebrengend feit rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de contractuele verplichtingen¹⁷⁴. Deze eis vloeit voort uit de vertegenwoordigingsgedachte die hierboven werd verdedigd als rechtstheoretische grondslag voor de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen¹⁷⁵.

44. Moet de door de uitvoeringsagent begane *tekortkoming* aan de contractuele verbintenis ook te wijten zijn aan een *fout* in zijn persoon, opdat zijn opdrachtgever, de hoofdschuldenaar, hiervoor aansprakelijk kan worden gesteld jegens zijn medecontractant? De hierboven genoemde vertegenwoordigingsgedachte, die als grondslag voor deze aansprakelijkheid werd geponeerd, dient hier opnieuw als uitgangspunt te worden genomen. Een contractuele schuldenaar die voor de uitvoering van het geheel of van een deel van zijn verbintenissen een beroep doet op een uitvoeringsagent, zal voor de daden van deze laatste slechts aan-

sprakelijk zijn onder dezelfde voorwaarden als die waaronder hij voor zijn eigen gedragingen aansprakelijk zou zijn¹⁷⁶.

Welnu, de contractuele aansprakelijkheid voor eigen wanprestatie is in ons recht *in beginsel* een op de *fout* gebaseerde aansprakelijkheid. In de regel kan een schuldenaar immers slechts aansprakelijk worden gesteld voor de niet-nakoming van zijn contractuele verbintenis(sen), als deze wanuitvoering te wijten is aan een fout van zijnentwege¹⁷⁷. Daarbij moet echter rekening worden gehouden met de aard en de strekking van de aangegane contractuele verbintenis. Vooral het onderscheid tussen *inspannings-* en *resultaatsverbintenissen* oefent een belangrijke invloed uit op de aansprakelijkheidsbeoordeling¹⁷⁸. Bij een resultaatsverbintenis is het voldoende dat de schuldeiser, bij wanprestatie, het bestaan van de verbintenis evenals het uitblijven van het beloofde resultaat bewijst, opdat de schuldenaar aansprakelijk zij; deze laatste kan hieraan slechts ontkomen door aan te tonen dat hij door overmacht of door een vreemde oorzaak werd verhinderd zijn verbintenis na te komen¹⁷⁹. Bij een inspanningsverbintenis daarentegen moet de schuldeiser niet alleen het bestaan van de verbintenis bewijzen, maar moet hij ook aantonen dat de niet-nakoming ervan en de daaruit voortvloeiende schade aan het foutief optreden van de schuldenaar zijn te wijten¹⁸⁰. Voor de beoordeling van deze fout wordt in ons recht het aan artikel 1137 B.W. ontleende zorgvuldigheids criterium van de «*culpa levis in abstracto*» gebruikt. Dit houdt in dat de tekortkoming van de schuldenaar aan een contractuele verbintenis als een fout zal worden beschouwd indien een normaal zorgvuldige en omzichtige schuldenaar (de zgn. «*bonus pater familias*»), behorende tot dezelfde beroepscategorie en geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, deze tekortkoming niet zou hebben begaan¹⁸¹.

De contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen dient volgens dezelfde

¹⁷² VAN RYN, J., o.c., 43, nr. 32; DELVAUX, P.-H., o.c., J.T., 1987, 419, nrs. 14 en 17; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1056, nr. 1000; betreffende deze algemene vereisten, zie *supra*, nr. 3, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 6.

¹⁷³ DELVAUX, P.-H., *ibid.*; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1056, nr. 1051; VINEY, G., o.c., 927, nr. 836; LE TOURNEAU, Ph., o.c., 432, nr. 1363.

¹⁷⁴ DIRIX, E., o.c., 46, nr. 46; MIJNSSEN, F.H.J., o.c., 20-21; vgl. DELVAUX, P.-H., o.c., J.T., 1987, 419-420, nr. 17, die als criterium voor een tekortkoming «buiten het contractuele veld» de toepassingsvereisten hanteert die volgens het Hof van Cassatie vervuld moeten zijn opdat tussen twee contractspartijen toepassing kan worden gemaakt van de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid (zie daarover *supra*, nr. 4, en de verwijzingen aldaar); vgl. ook MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1057, nr. 1001-2; betreffende het begrip «in de bediening» in artikel 1384, derde lid, B.W., zie *infra*, nr. 61, en de verwijzingen aldaar.

¹⁷⁵ DIRIX, E., *ibid.*; betreffende deze grondslag, zie *supra*, nr. 41, en de verwijzingen aldaar.

¹⁷⁶ DELVAUX, P.-H., o.c., J.T., 1987, 420-421, nr. 22; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1058, nr. 1002; VINEY, G., o.c., 928, nr. 838.

¹⁷⁷ DE PAGE, H., *Traité*, II, 573, nr. 583; KRUIHOF, R., o.c., T.P.R., 1983, 619-620, nr. 111; zie ook DELVAUX, P.-H., o.c., J.T., 1987, 421, nrs. 22-23.

¹⁷⁸ Zie daarover vooral STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 387-418, nrs. 416-452; DEMOGUE, R., o.c., VI, 565-686, nrs. 530-631; FROSSARD, J., *La distinction des obligations des moyens et des obligations de résultat*, Parijs, L.G.D.J., 1965; DEN TONKELAAR, J.D.A., *Resultaats- en inspanningsverbintenissen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982.

¹⁷⁹ Cass., 10 december 1953, *Pas.*, 1954, I, 290; Cass., 26 november 1954, *Pas.*, 1955, I, 271.

¹⁸⁰ Cass., 26 februari 1962, *Pas.*, 1962, I, 723, met noot.

¹⁸¹ Cass., 25 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 263, *Pas.*, 1975, I, 241; Cass., 27 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 595, *Pas.*, 1977, I, 574, met conclusie van de procureur-generaal DELANGE, R.; DE PAGE, H., *Traité*, II, 580-582, nr. 588; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 166-168; KRUIHOF, R., o.c., T.P.R., 1983, 620-621, nr. 111; VANDENBERGHE, H., «De grondslag van contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid voor eigen daad», T.P.R., 1984, (127), 152, nr. 8.

maatstaven te worden beoordeeld. Wanneer aan de uitvoeringsagent een resultaatsverbintenis werd opgedragen, zal zijn opdrachtgever, de hoofdschuldenaar, bijgevolg aansprakelijk zijn als de hoofdschuldeiser het uitblijven van het beloofde resultaat bewijst, behoudens indien de uitvoeringsagent en de hoofdschuldenaar het bestaan van een hun bevrijdende vreemde oorzaak aantonen. Wanneer aan de uitvoeringsagent een inspanningsverbintenis werd opgedragen, zal de hoofdschuldenaar voor diens gedraging slechts contractueel aansprakelijk zijn indien de hoofdschuldeiser bewijst dat de contractuele tekortkoming van de uitvoeringsagent aan diens fout is te wijten¹⁸².

45. Is voor de aansprakelijkheid van een contractuele schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen ook vereist dat die (hoofd)schuldenaar een *persoonlijke fout* heeft begaan? Zo'n fout zou erin kunnen bestaan dat hij niet zorgvuldig te werk is gegaan bij de keuze van zijn uitvoeringsagent, dat hij hem geen nauwkeurige instructies heeft gegeven of dat hij niet voldoende toezicht op hem heeft uitgeoefend.

De zojuist gestelde vraag wordt door de meeste Belgische¹⁸³ en Franse¹⁸⁴ auteurs ontkennend beantwoord. Naar analogie met artikel 1384, derde lid, B.W. wordt hier een beperkte toepassing van de risicoleer verdedigd: een contractuele schuldenaar is aansprakelijk voor de niet-nakoming van zijn verbintenis die te wijten is aan een fout van zijn uitvoeringsagent, ook indien die schuldenaar zelf geen persoonlijke fout heeft begaan. Omgekeerd kan een contractuele schuldenaar zijn aansprakelijkheid voor de daden van zijn hulppersonen niet ontlopen door het bewijs te leveren dat hem geen persoonlijke fout treft. Na het Franse¹⁸⁵ heeft ook het Belgische Hof van Cassatie zich ondubbelzinnig in die zin uitgesproken in een arrest van 21 juni 1979¹⁸⁶. In dit geval had een Belgische bank, voor de uitvoering van een overschrijvingsorder, een beroep gedaan op een buitenlandse bank, die de modaliteiten van de order evenwel niet correct had nageleefd. Hoewel het bestreden arrest de fout van de buitenlandse bank erkende, verklaarde het de Belgische bank toch niet aansprakelijk, omdat aan deze laatste geen persoonlijke fout kon worden verweten. Het cassatiemiddel aannemende dat gebaseerd was op een schending van de artikelen 1245, 1735, 1797, 1953 en 1994 B.W., vernietigde het Hof dit arrest op grond dat de aangehaalde motieven de beslissing niet wettelijk konden verantwoorden.

De hierboven weergegeven opvatting, dat geen persoonlijke fout van de schuldenaar vereist is om hem tegenover zijn medecontractant aansprakelijk te kunnen stellen voor de niet-nakoming van zijn verbintenis die aan een fout van zijn uitvoeringsagent is te wijten, is redelijk voor de twee partijen in de hoofdovereenkomst. Aan de ene kant mag het niet zijn dat een schuldenaar aan zijn contractuele aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen door zijn verbintenis door een derde te laten uitvoeren — daarom dient hij aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor de niet-nakoming van zijn verbintenis die aan de fout van deze laatste is te wijten¹⁸⁷ — maar aan de andere kant mag de schuldeiser ook niet in een minder gunstige positie worden geplaatst door het enkele feit dat zijn schuldenaar voor de nakoming van zijn verbintenis op een derde een beroep doet¹⁸⁸.

§ 4.. Regresvordering van de schuldenaar tegen zijn hulppersonen

46. De contractuele schuldenaar die jegens zijn schuldeiser aansprakelijk werd gesteld voor de aan zijn uitvoeringsagent te wijten foutieve niet-nakoming van zijn verbintenis, beschikt in principe over een *regresvordering* tegen deze laatste tot terugbetaling van de betaalde schadevergoeding¹⁸⁹. De hierboven besproken identificatiegedachte, die als rechtstheoretische grondslag werd genomen voor de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn uitvoeringsagenten, verzet zich niet tegen het instellen van deze regresvordering, daar deze identificatie met de persoon van de (hoofd)schuldenaar enkel speelt in de relatie tot de benadeelde medecontractant, maar niet in de onderlinge verhouding tussen de schuldenaar en zijn uitvoeringsagent¹⁹⁰. De juridische grondslag van deze regresvordering is, net zoals bij de buitencontractuele aansprakelijkheid krachtens artikel 1384, derde lid, B.W., de wettelijke indeplaatsstelling ten voordele van degene die, zoals *in casu* de contractuele schuldenaar, voor een ander, *in casu* zijn uitvoeringsagent, gehouden is tot betaling van een schuld, er belang bij had deze te voldoen (art. 1251, 3°, B.W.)¹⁹¹.

Indien de uitvoeringsagent evenwel een werknemer is verbonden door een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, zal de werkgever, als contractuele schuldenaar, tegen hem slechts een regresvordering kunnen uitoefenen onder de voorwaarden en binnen de perken van artikel 18 van dezelfde wet. Dit brengt met zich mee dat de werkgever tegen zijn werknemer een opzet-

¹⁸² DELVAUX, P.-H., o.c., *J.T.*, 1987, 420-421, nr. 22; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1048, nr. 1002; VINEY, G., o.c., 928-929, nr. 838; LE TOURNEAU, Ph., o.c., 433, nr. 1363.

¹⁸³ KRUIHOF, R., o.c., *Hulde aan René Dekkers*, 304, nr. 19; KRUIHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, 628-629, nr. 118; FONTAINE, M., o.c., *Les obligations contractuelles*, 189, nr. 56; zie ook DELVAUX, P.-H., o.c., *J.T.*, 1987, 418, nr. 9.

¹⁸⁴ Zie o.m. MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1063, nr. 1004; VINEY, G., o.c., 927-928, nr. 837, en 930, nr. 840.

¹⁸⁵ Zie o.m. Cass. fr., 29 mei 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, II, 290; Cass. fr., 3 oktober 1967, *J.C.P.*, 1968, II, nr. 15.365, met noot DURAND, P.; Cass. fr., 4 februari 1976, *Dall.*, 1976, *Inf. Rap.*, 134; Cass. fr., 21 juni 1977, *J.C.P.*, 1977, IV, 218; Cass. fr., 5 januari 1978, *J.C.P.*, 1978, IV, 78.

¹⁸⁶ Cass., 21 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1268, *Pas.*, 1979, I, 1226, *J.T.*, 1979, 675.

¹⁸⁷ Zie *supra*, nr. 39, en de verwijzingen aldaar.

¹⁸⁸ KRUIHOF, R., o.c., *Hulde aan René Dekkers*, 304, nr. 19; KRUIHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, 629, nr. 118; VINEY, G., o.c., 927, nr. 836; zie ook PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, L.G.D.J., 1952, 512, nr. 381.

¹⁸⁹ DEMOGUE, R., o.c., VI, 635, nr. 589; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1063, nr. 1005; VINEY, G., o.c., 931, nr. 841 en de verwijzingen aldaar; *adde*: Cass. fr., 24 februari 1982, *Dall.*, 1982, *Inf. Rap.*, 240.

¹⁹⁰ VINEY, G., *ibid.*; betreffende deze identificatie- of vertegenwoordigingstheorie, zie *supra*, nr. 41, en de verwijzingen aldaar.

¹⁹¹ Betreffende de juridische grondslag van de regresvordering van de aansteller tegen de aangestelde, zie *infra*, nr. 63, en de verwijzingen aldaar.

telijke fout, een zware fout of een bij hem gewoonlijk voorkomende lichte fout zal moeten aantonen¹⁹².

§ 5. Aansprakelijkheid van de werknemer voor de schade veroorzaakt aan de medecontractant van zijn werkgever?

47. In het geval een werknemer, en meer in het algemeen een uitvoeringsagent, de hem door zijn werkgever-opdrachtgever (de hoofdschuldenaar) toevertrouwde taken op foutieve wijze niet of niet behoorlijk uitvoert, rijst de vraag of de medecontractant van de hoofdschuldenaar tegen die uitvoeringsagent een vordering tot schadevergoeding kan instellen, en zo ja, op welke juridische grondslag.

Dat de hoofdschuldeiser de uitvoeringsagent van zijn schuldenaar *niet op contractuele basis* tot schadevergoeding kan aanspreken, is in de Belgische rechtspraak en rechtsleer nooit betwijfeld. De uitvoeringsagent is t.a.v. de hoofdovereenkomst immers te beschouwen als een «derde» in de zin van artikel 1165 B.W.¹⁹³. Voorbehoud dient enkel te worden gemaakt voor het geval dat de hoofdschuldeiser begunstigde zou zijn van een beding dat te zijnen behoeve zou zijn gestipuleerd in het contract tussen de hoofdschuldenaar en de uitvoeringsagent¹⁹⁴.

Of de hoofdschuldeiser de uitvoeringsagent van zijn schuldenaar eventueel op *buitencontractuele basis* (artt. 1382-1383 B.W.) tot schadevergoeding kan aanspreken, is het aan de orde stellen van het probleem van de *coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*¹⁹⁵. Lange tijd heeft de rechtspraak in deze hypothese de klassieke coëxistentieregel¹⁹⁶ toegepast en beslist dat,

aangezien de uitvoeringsagent een derde is t.a.v. de hoofdovereenkomst, de hoofdschuldeiser hem theoretisch op buitencontractuele grondslag tot schadevergoeding kan aanspreken, indien hij althans een fout heeft begaan¹⁹⁷. In het reeds eerder besproken zgn. «stuwadoorsarrest» van 7 december 1973 heeft het Hof van Cassatie met deze rechtspraak gebroken en beslist «dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die optreedt om een contractuele verbintenis van een partij uit te voeren, extra-contractueel enkel aansprakelijk kan worden gesteld indien de hem verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis doch van een iedereen opgelegde verplichting en indien die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt»¹⁹⁸. Dit betekent dat in de hier onderzochte hypothese een uitvoeringsagent, zoals een werknemer, uit onrechtmatige daad slechts aansprakelijk kan worden gesteld onder dezelfde voorwaarden waaronder ook de hoofdschuldenaar op buitencontractuele basis tot schadevergoeding kan worden aangesproken. Volgens de meerderheidsopvatting zijn deze voorwaarden dat zowel de gepleegde fout als de berokkende schade geheel vreemd moeten zijn aan het door de hoofdschuldeiser met de hoofdschuldenaar gesloten contract, wat in de praktijk leidt tot een nagenoeg volledige immuniteit van de uitvoeringsagent, inclusief van de werknemer¹⁹⁹. Zoals inzake de samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, lijkt het logisch om ook hier nog een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tegen de uitvoeringsagent toe te laten in het geval diens tekortkoming tevens strafrechtelijk wordt gesanctioneerd²⁰⁰.

¹⁹² Zie daarover *supra*, nrs. 13-19, en de verwijzingen aldaar.

¹⁹³ Cass., 15 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 62, *Pas.*, 1978, I, 57, *R.W.*, 1978-79, 325, *R.C.J.B.*, 1978, 426, met noot DALCQ, R.O. en GLANSORFF, F.; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1470, nr. 246; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, 612, nr. 107; DIRIX, E., *o.c.*, 45, nr. 44; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, 187, nr. 83, en 214, nr. 103; JAMOULLE, M., *o.c.*, II, 138, nr. 123.

¹⁹⁴ VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *ibid.*; KRUIHOF, R., *ibid.*

¹⁹⁵ Coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid onderstelt een relatie van minstens drie personen, waarbij een zelfde schadeverwekkend feit aanleiding geeft tot buitencontractuele aansprakelijkheid t.o.v. derden en tot contractuele aansprakelijkheid t.o.v. de medecontractant (VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1446, nr. 233, en 1463-1464, nr. 243).

¹⁹⁶ De klassieke coëxistentieregel luidt dat, wanneer een bepaalde contractuele tekortkoming van een contractspartij, onafhankelijk van het contract, tevens een onrechtmatige daad uitmaakt t.a.v. een derde, deze laatste op buitencontractuele basis vergoeding kan vorderen voor de door hem geleden schade (zie vooral LIMPENS, J., «Responsabilité du contractant envers les tiers du chef de la violation du contrat», *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1954, *numéro spécial*, 98-108; zie nadien in dezelfde zin: DALCQ, R.O., *Traité*, I, 126, nr. 101, en 209-210, nrs. 399-402; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1464-1467, nr. 244; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, 613-614, nr. 108; DIRIX, E., *o.c.*, 179-180, nrs. 242-243; COUSY, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 167-169, nr. 8; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1608-1611, nr. 209, A; Cass., 11 juni 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1206, *Pas.*, 1981, I, 1197, *R.W.*, 1981-82, 1748, met noot).

¹⁹⁷ Zie de verwijzingen bij VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1471-1472, nr. 247.

¹⁹⁸ Cass., 7 december 1973, geciteerd in voetnoot 8; zie nadien in dezelfde zin: Cass., 3 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 1303, met noot VAN OEVELEN, A., *R.C.J.B.*, 1978, 426, met noot DALCQ, R.O. en GLANSORFF, F.; Cass., 8 april 1983, geciteerd in voetnoot 8; zie daarover, naast de verwijzingen in de voetnoten 8 tot 10, FAGNART, J.L., «La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution (noot onder Cass., 7 december 1973)», *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9317; DALCQ, R.O. en GLANSORFF, F., «Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution» (noot onder Cass., 3 december 1976 en Cass., 15 september 1977), *R.C.J.B.*, 1978, 431-439; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1472-1475, nrs. 248-249; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, 612-613, nr. 107; DE LY, F., «De aansprakelijkheid van aangestelden en uitvoeringsagenten tegenover de medecontractant van de aansteller — Contractuele en quasi extra-contractuele immuniteit», in *Wie zal dat betalen?*, *IUS*, nr. 5, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 9-37; DIRIX, E., *o.c.*, 205-207, nrs. 277-281; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1613-1614, nr. 211.

¹⁹⁹ Zie *supra*, nr. 4, en de verwijzingen aldaar in voetnoten 10 en 11; *adde*: FAGNART, J.L., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9317/4-5; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *ibid.*; KRUIHOF, R., *ibid.*; DIRIX, E., *ibid.*; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, 214, nr. 103; JAMOULLE, M., *o.c.*, II, 138, nr. 23; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., *ibid.*

²⁰⁰ Eerder aarzeland: COUSY, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 181, nr. 21; zie ook CLESSE, J. en JAMOULLE, M., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983,

Zelfs indien, nogal uitzonderlijk, voldaan is aan de voorwaarden waaronder de hoofdschuldeiser de uitvoeringsagent van zijn schuldenaar op buitencontractuele basis tot schadeloosstelling kan aanspreken, dan nog zal dit voor de uitvoeringsagent die met zijn opdrachtgever is verbonden door een arbeidsovereenkomst bedoeld in artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, slechts mogelijk zijn binnen de perken van artikel 18 van dezelfde wet, d.w.z. indien de werknemer zich bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst schuldig heeft gemaakt aan een opzettelijke fout, een zware fout of een bij hem gewoonlijk voorkomende lichte fout²⁰¹.

De hier onderzochte «quasi-immuniteit» van de uitvoeringsagent tegen een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering van de medecontractant van zijn opdrachtgever heeft uiteraard een veel ruimer toepassingsgebied dan de door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet verleende civielrechtelijke «quasi-immuniteit», die slechts geldt voor de werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst bedoeld in artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet²⁰². Op de eerstgenoemde «quasi-immuniteit» zal aldus een beroep kunnen worden gedaan door al degenen die in ondergeschikt verband hun arbeidsprestatie leveren, hetzij krachtens een ander contract dan die welke in artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet worden genoemd, hetzij krachtens een feitelijk ondergeschiktheidsverband²⁰³.

§ 6. Conventionele regeling van de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen

48. Mogen de partijen in hun contract afwijken van de hierboven beschreven wettelijke regeling van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de aan zijn hulppersonen te wijten foutieve niet-nakoming van zijn verbintenissen? Mag een schuldenaar met zijn medecontractant overeenkomen dat hij bv. helemaal niet aansprakelijk is voor de daden van zijn hulppersonen of dat hij slechts aansprakelijk is voor hun opzettelijke fouten en zware fouten?

Wanneer men, zoals hier betoogd, de identificatiegedachte als juridische grondslag neemt van de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulppersonen, dan zou hieruit logischerwijze moeten voortvloeien dat een schuldenaar deze aansprakelijkheid slechts geldig kan uitsluiten of beperken in dezelfde mate en onder dezelfde voorwaarden waarin hij dat kan voor zijn eigen fouten²⁰⁴. Het Hof van Cassatie heeft deze rede-

nering evenwel niet gevolgd en geoordeeld dat, behoudens wanneer de wet anders bepaalt, de partijen in een contract geldig kunnen overeenkomen dat de schuldenaar niet zal instaan voor de zelfs opzettelijke fout van zijn aangestelden en andere uitvoeringsagenten²⁰⁵. Zo'n beding zou echter wel ongeldig zijn indien het ertoe zou leiden dat iedere zin of betekenis wordt ontnomen aan de aard van de tussen partijen tot stand gekomen contractuele verbintenissen. Dit zou bv. het geval kunnen zijn wanneer een schuldenaar de uitvoering van alle verbintenissen die hij op zich heeft genomen aan een derde toevertrouwt, maar zich terzelfder tijd jegens zijn medecontractant vrijstelt van iedere aansprakelijkheid voor de fouten van die derde²⁰⁶.

De principiële geldigheid van exoneratiebedingen voor de opzettelijke fouten van aangestelden en andere uitvoeringsagenten is inzake de contractuele aansprakelijkheid niet alleen bekritiseerbaar vanuit de vertegenwoordigingsgedachte, maar is ook op sociaal-economisch vlak moeilijk verdedigbaar. Het is, zoals reeds gezegd, niet wenselijk dat een contractuele schuldeiser in een minder gunstige positie wordt geplaatst enkel en alleen doordat zijn schuldenaar voor de nakoming van zijn verbintenissen een beroep doet op aangestelden en andere uitvoeringsagenten²⁰⁷.

Hoofdstuk II

DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE AANSTELLER VOOR DE ONRECHTMATIGE DADEN VAN ZIJN AANGESTELDEN

§ 1. Principe en rechtstheoretische grondslag van de aansprakelijkheid van de aansteller

49. Luidens artikel 1384, derde lid, B.W. zijn de meesters en zij die anderen aanstellen aansprakelijk voor de schade door hun dienstboden en aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben. In tegenstelling tot wat het geval is voor de ouders en de leerkrachten, wordt in artikel 1384, vijfde lid, B.W. niet bepaald dat de aanstellers aan deze aansprakelijkheid kunnen ontkomen door te bewijzen dat zij het feit dat daartoe aanleiding gaf, niet hebben kunnen beletten. Rechtspraak en rechtsleer hebben hieruit afgeleid dat artikel 1384, derde lid,

la condition qu'il s'agisse de fautes dont il est recevable à s'affranchir lui-même. Le préposé ne peut être regardé à la fois comme le débiteur pour la responsabilité et comme un tiers étranger pour les clauses d'exonération»; zie in dezelfde zin: DIRIX, E., *o.c.*, 44-45, nrs. 44-45; vol. VINEY, G., *o.c.*, 933-934, nr. 844.

²⁰⁵ Cass., 25 september 1959, *Arr. Verbr.*, 1960, 86, *Pas.*, 1960, I, 113, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P., *R.C.J.B.*, 1960, 6, met noot DABIN, J., *J.T.*, 1960, 114, met noot ROTTHIER, J.J. Voor kritiek op dit onderdeel van het arrest, zie o.m. DABIN, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1960, 28-29; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1110, nr. 1055; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 274-275, nr. 33.

²⁰⁶ Vgl. DABIN, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1960, 29-30; ROTTHIER, J.J., noot onder Cass., 25 september 1959, *J.T.*, 1960, (115), 117; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, 613, nr. 107; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 274-275, nr. 33.

²⁰⁷ KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 275, nr. 33; VINEY, G., *o.c.*, 934, nr. 844.

581, nr. 17: betreffende deze «uitzondering» inzake de samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, zie *supra*, nr. 4, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 12.

²⁰¹ COUSY, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 177, nr. 17; zie ook *supra*, nr. 5, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 13; betreffende deze toepassingsvoorwaarden, zie *supra*, nrs. 13-19, en de verwijzingen aldaar.

²⁰² Betreffende dit toepassingsgebied, zie *supra*, nrs. 8-10, en de verwijzingen aldaar.

²⁰³ DELVAUX, P.-H., *o.c.*, *La loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail*, 129, nr. 49.

²⁰⁴ DABIN, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1960, 26: «dès l'instant où la faute du préposé est la faute du débiteur, celui-ci ne peut être admis à s'exonérer de la responsabilité des fautes des préposés qu'à

B.W. een onweerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden vestigt²⁰⁸.

50. Ten einde het foutcriterium als *grondslag* van iedere vorm van buitencontractuele aansprakelijkheid te handhaven, werd de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden aanvankelijk gebaseerd op een vermoeden van fout van de aansteller, hetzij bij de keuze van zijn aangestelde, hetzij bij de uitoefening van het toezicht op diens werkzaamheden²⁰⁹. Deze rechtstheoretische grondslag wordt in de rechtspraak nog regelmatig aangetroffen²¹⁰, maar is door de moderne rechtsleer nagenoeg volledig verlaten. Hiertegen is terecht opgeworpen dat men nog moeilijk deze aansprakelijkheid op een foutvermoeden kan blijven baseren, wanneer men terzelfder tijd in de huidige stand van ons recht aan de aansteller de mogelijkheid ontnemt aan zijn aansprakelijkheid te ontkomen door te bewijzen dat hij geen enkele fout heeft begaan bij de keuze van zijn aangestelde en ook niet bij het toezicht op diens werkzaamheden²¹¹.

Uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 1384, derde lid, B.W. blijkt dat de opstellers van de *Code civil* de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van de aangestelde ook hebben gefundeerd op de billijkheidsgedachte en op het profijtbeginzel (*«ubi emolumentum, ibi onus»*). Geargumenteed wordt dat de aansteller, die het economisch voordeel heeft van het door zijn aangestelden gepresteerde werk, ook de nadelige gevolgen ervan dient te dragen wanneer die aangestelden in de uitoefening van hun functie op foutieve wijze aan derden schade berokkenen²¹². Hiertegen is opgeworpen dat het profijtbeginzel

eerder een praktische verklaring dan wel een juridische fundering van de aansprakelijkheid van de aansteller biedt²¹³. Tegen het economisch voordeel als grondslag voor de aansprakelijkheid van de aansteller kan voorts worden aangevoerd dat het moeilijk verenigbaar is met het door de rechtspraak en de rechtsleer gehanteerde criterium van de aanstelling, waarbij niet wordt verwezen naar de economische afhankelijkheid, maar wel naar de arbeidsprestatie in ondergeschikt verband, onder het gezag van de aansteller²¹⁴. Ten slotte ziet men niet goed in, wanneer men het profijtbeginzel als grondslag van de aansprakelijkheid van de aansteller accepteert, waarom die aansprakelijkheid zou dienen beperkt te blijven tot het geval dat door de aangestelde een fout werd begaan²¹⁵.

Evenals inzake de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad, hebben sommige auteurs ook de buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van de aangestelde gefundeerd op de vertegenwoordigingsgedachte, niet in een juridisch-technische, maar in een ruimere, economische zin te verstaan: de handelingen, ook de foutieve, die door de aangestelde in de uitoefening van zijn functie worden verricht, worden beschouwd als de handelingen van de aansteller zelf en dienen aan hem te worden toegerekend²¹⁶. Ofschoon deze theorie op het eerste gezicht een erg plausibele rechtstheoretische fundering biedt voor deze aansprakelijkheid, moet toch worden opgemerkt dat deze identificatiegedachte minder goed opgaat wanneer het handelingen van de aangestelde betreft waartoe door de aansteller geen opdracht werd gegeven²¹⁷. Bovendien is deze theorie moeilijk verdedigbaar met de rechtspraak die de aansteller ook aansprakelijk stelt voor de foutieve handelingen waarbij de aangestelde misbruik van zijn functie heeft gemaakt²¹⁸.

Uitgaande van het onweerlegbaar karakter van het op de aansteller rustende aansprakelijkheidsvermoeden, wordt in de recente rechtsleer overwegend de opvatting verdedigd dat deze aansprakelijkheid ertoe strekt aan de slachtoffers van de door een aangestelde onrechtmatig veroorzaakte schade een bijkomende financiële waarborg te bieden voor de vergoeding van deze schade. De aansteller wordt dan beschouwd als een soort van (bij onderstelling solvabele) borg voor de betaling van de schadeloosstelling verschul-

²⁰⁸ Zie daarover *infra*, nr. 62, en de verwijzingen aldaar.

²⁰⁹ Zie LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément de codes français*, VI, Brussel, Tardier, 1836, 281, nr. 14 (verklaringen van Bertrand de Greuille) en 287-288, nr. 21 (verklaringen van Tarrible); zie daarover o.m. DALCQ, R.O., *Traité*, I, 568, nrs. 1765-1766; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1006-1007, nrs. 929-931 en de verwijzingen aldaar.

²¹⁰ Zie recent Cass., 22 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1017, *Pas.*, 1983, I, 940, *R.W.*, 1985-86, 523, met noot; zie voorts de rechtspraak geciteerd door VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1346, nr. 168; voor de oudere rechtspraak, zie de verwijzingen bij DALCQ, R.O., *Traité*, I, 568, nr. 1766.

²¹¹ DE PAGE, H., *Traité*, II, 1026, nr. 992; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 569, nr. 1768; SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, I, Parijs, L.G.D.J., 1951, 360-361, nr. 284; RODIERE, R., *La responsabilité civile*, Parijs, Rousseau, 1952, 97-98, nr. 1464; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1007-1008, nr. 931; zie in dezelfde zin in Nederland: EVERS, M.F.A., «De aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden gepleegd door uitgeleend personeel», *Ars Aequi*, 1985, 1.

²¹² Zie de verklaringen van Bertrand de Greuille in LOCRÉ, o.c., VI, 281, nr. 14; zie nadien in die zin SAVATIER, R., o.c., I, 360-361, nr. 284; PLANIOL, M. en RIPERT, G., o.c., VI, 899, nr. 641; SCHUT, G.H.A., *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1963, 294; EVERS, M.F.A., o.c., *Ars Aequi*, 1985, 1-2; OLDENHUIS, F.T., *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen*, Deventer, Kluwer, 1985, 96, nr. 68; zie voorts de verwijzingen bij DALCQ, R.O., *Traité*, I, 571, nr. 1775; zie ook DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, V, Parijs, Rousseau, 1925, 74-75, nr. 882.

²¹³ DEMOGUE, R., o.c., V, 75, nr. 882; DALCQ, R.O., *ibid.*

²¹⁴ MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 1010, nr. 933; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 571, nr. 1777; betreffende het begrip «aanstelling» in artikel 1384, derde lid, B.W., zie *infra*, nr. 51, en de verwijzingen aldaar.

²¹⁵ DALCQ, R.O., *ibid.*; betreffende het vereiste van een fout door de aangestelde begaan, zie *infra*, nr. 57, en de verwijzingen aldaar.

²¹⁶ Zie vooral: MAZEAUD, H. en L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Parijs, Montchrestien, 1956, nrs. 935-936; zie in België het alleenstaande arrest van Cass., 6 december 1937, *Pas.*, 1937, I, 370, met conclusie van de advocaat-generaal SARTINI VAN DEN KERCKHOVE, *R.G.A.R.*, 1938, nr. 2598; zie in Nederland: OLDENHUIS, F.T., o.c., 96, nr. 68; betreffende deze theorie inzake de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de daden van zijn hulp-personen, zie *supra*, nr. 41, en de verwijzingen aldaar.

²¹⁷ DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1960, 25-26.

²¹⁸ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 570, nr. 1774; betreffende deze rechtspraak, zie *infra*, nr. 61, en de verwijzingen aldaar.

digd door zijn (bij onderstelling minder solvabele) aangestelde^{219,220}.

§ 2. Het begrip «aanstelling» — Het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 1384, derde lid, B.W.

A. Algemeen

51. Het begrip «aanstelling» in artikel 1384, derde lid, B.W. veronderstelt het bestaan van een *band van ondergeschiktheid* tussen de dader van het schadeverwekkend feit en zijn aansteller²²¹. Deze verhouding van ondergeschiktheid bestaat zodra een persoon effectief gezag, leiding en toezicht kan uitoefenen op de daden van een andere persoon²²².

Het is bekend dat het begrip «aanstelling» in de Belgische rechtspraak *ruim* wordt *geïnterpreteerd*.

Het is niet vereist dat de aansteller effectief bevelen of onderrichtingen aan zijn aangestelde heeft gegeven. De aansteller dient ook niet de nodige technische kennis te bezitten om onderrichtingen te kunnen geven; voldoende is dat hij rechtens bevoegd is om gezag, leiding en toezicht op zijn aangestelde uit te oefenen²²³, voor zover hij dit voor

eigen rekening doet²²⁴. Het bestaan van een band van ondergeschiktheid met de aansteller verhindert dan ook niet dat de aangestelde bij de uitvoering van de hem toevertrouwde taken — vooral als het gaat om gespecialiseerde wetenschappelijke of technische activiteiten — een zekere vrijheid van handelen behoudt²²⁵.

In de meeste gevallen zal de aangestelde door een arbeidsovereenkomst met zijn aansteller zijn verbonden, maar dit is geen voorwaarde om van «aanstelling» te kunnen gewagen. De band van ondergeschiktheid, die het begrip «aanstelling» onderstelt, kan eveneens voortvloeien uit de feitelijke omstandigheden waarin de arbeidsprestatie wordt verricht, zonder dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst²²⁶.

Het is ook niet vereist dat de aansteller aan de aangestelde een loon of een andere vergoeding zou uitkeren²²⁷. Het ontbreken van een bezoldiging is voor de Belgische rechtspraak nochtans meestal een argument om bij kosteloos verrichte vriendendiensten tot de afwezigheid van een band van ondergeschiktheid te besluiten²²⁸.

BERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1322, nr. 153; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1485-1486, nr. 139; zie in dezelfde zin in Nederland: H.R., 20 maart 1942, *N.J.*, 1942, 444; EVERS, M.F.A., *o.c.*, *Ars Aequi*, 1985, 4; OLDENHUIS, F.T., *o.c.*, 44, nr. 33, en de verwijzingen aldaar.

²²⁴ DE PAGE, H., *Traité*, II, 1012-1013, nr. 986; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 575, nrs. 1790-1791, en de verwijzingen aldaar; Fagnart, J.L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 302-303, nr. 6; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 959-960, nr. 890.

²²⁵ Cass., 16 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 167, *Pas.*, 1973, I, 165; Cass., 5 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 328, *Pas.*, 1982, I, 316, met conclusie van de procureur-generaal DUMON, F., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.526, met conclusie, *R.W.*, 1983-84, 2909, met noot, *R.C.J.B.*, 1985, 207, met noot MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A. Dit is vooral van belang om inzake medische aansprakelijkheid artsen en apothekers als aangestelden te kunnen beschouwen (zie daarover o.m. KRUTHOF, R., *o.c.*, *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 47-48, nr. 30; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1487-1488, nr. 141, A; zie voorts de verwijzingen bij MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1985, 216-217, nr. 6, voetnoten 26 tot 28; *adde*: Rb. Brugge, 10 november 1986, *VI. T. Gez.*, 1986-87, 284, met noot HEYLEN, R., *R.W.*, 1987-88, 293, met noot VANSWEEVELT, Th.; Arrbr. Doornik, 13 februari 1987, *Rev. Liège*, 1987, 621).

²²⁶ Cass., 24 december 1951, *Pas.*, 1952, I, 213; Cass., 23 januari 1964, *Pas.*, 1964, I, 548, *R.W.*, 1964-65, 521, *J.T.*, 1964, 310, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7307, met noot S.R.; Cass., 25 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 258, *Pas.*, 1978, I, 244; Gent, 23 februari 1978, *J.T.*, 1978, 455; Luik, 7 mei 1985, *Jur. Liège*, 1985, 414; zie daarover uitvoeriger DALCQ, R.O., *Traité*, I, 576-579, nrs. 1794-1802; Fagnart, J.L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 307-308, nr. 12; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 951-952, nr. 876; VINEY, G., *o.c.*, 883-886, nrs. 794-796; EVERS, M.F.A., *o.c.*, *Ars Aequi*, 1985, 3; OLDENHUIS, F.T., *o.c.*, 43-44, nr. 33, en de verwijzingen aldaar; zie ook VANDERHEIDEN, E., «De aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een vrijwilliger», *Jura Falc.*, 1985-86, (76), 81-83.

²²⁷ DE PAGE, H., *Traité*, II, 1013, nr. 986; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 582, nr. 1813; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 950, nrs. 874-875, evenals de verwijzingen bij die auteurs.

²²⁸ Zie de rechtspraak geciteerd door VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1325-

²¹⁹ Zie o.m. Fagnart, J.L., *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile (1955-1969)*, Brussel, Larcier, 1971, 44, nr. 22 (hierna verkort geciteerd als Fagnart, J.L., *Examen I*); VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1346, nr. 168; DE DECKER, H. en SCHAUTTEET, H., «De objectieve aansprakelijkheid naar Duits en Belgisch recht — Een rechtsvergelijkende studie», in *Wie zal dat betalen?*, *IUS*, nr. 5, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, (70), 99-100, nr. 53; BOCKEN, H., «Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1984, (329), 399, nr. 85; VANDENBERGHE, H., en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1513, nr. 153.

²²⁰ Voor andere rechtstheoretische grondslagen die in Frankrijk werden verdedigd, zie o.m. MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 1012-1017, nr. 939/2-4; VINEY, G., *o.c.*, 874-875, nr. 790 en de verwijzingen aldaar.

²²¹ Zie o.m. Cass., 27 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 604, *Pas.*, 1970, I, 565, *R.G.A.R.*, 1971, nr. 8656; Cass., 21 april 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 778, *Pas.*, 1971, I, 745, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8873, met noot; Cass., 25 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 258, *Pas.*, 1978, I, 244; Cass., 27 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1368, *Pas.*, 1980, I, 1362, *R.W.*, 1981-82, 943, met noot, *J.T.*, 1981, 139; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1012-1013, nr. 986; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 573, nrs. 1783-1784, en de verwijzingen aldaar; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 955, nr. 882.

²²² Zie o.m. Cass., 27 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 604, *Pas.*, 1970, I, 565, *R.G.A.R.*, 1971, nr. 8656; Cass., 16 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 167, *Pas.*, 1973, I, 165; Cass., 25 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 258, *Pas.*, 1978, I, 224; Cass., 24 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 469, *Pas.*, 1981, I, 464, *R.W.*, 1981-82, 2406; *De Verz.*, 1981, 245; Cass., 6 oktober 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 203, *Pas.*, 1983, I, 183; DE PAGE, H., *ibid.*, DALCQ, R.O., *Traité*, I, 573-575, nrs. 1786-1787 en 1789, evenals de verwijzingen aldaar; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *o.c.*, I, 956, nr. 885.

²²³ Cass., 24 december 1951, *Pas.*, 1952, I, 213; Cass., 16 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 167, *Pas.*, 1973, I, 165; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 574-575, nrs. 1789 en 1792; KRUTHOF, R., *o.c.*, *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 46-47, nr. 29; VANDEN-

Ten slotte verhindert het bestaan van bepaalde familiere-laties al evenmin het voorhanden zijn van een band van ondergeschiktheid. Zo kunnen echtgenoten elkaars aange-stelde zijn²²⁹ en kunnen ouders of een van hen aangestelde zijn van hun (zijn of haar) kinderen en omgekeerd²³⁰.

B. Organen van rechtspersonen

52. Inzake de aansprakelijkheid van rechtspersonen voor de onrechtmatige daden van hun personeelsleden wordt, zoals bekend, naar Belgisch recht een beroep ge-daan op de *orgaantheorie*. Deze leer komt in essentie hier-op neer dat wanneer een orgaan van een rechtspersoon bin-nen de perken van de hem toegekende bevoegdheid een on-rechtmatige handeling verricht, dit de rechtstreekse aan-sprakelijkheid van die rechtspersoon op basis van de artike-len 1382-1383 B.W. tot gevolg heeft. De foutieve handeling van het orgaan wordt als het ware gelijkgesteld met de fou-tieve handeling van de rechtspersoon zelf. Als de onrecht-matige daad daarentegen te wijten is aan de fout van een aangestelde van een rechtspersoon, handelende in verband met zijn bediening, dan heeft dit de onrechtstreekse aan-sprakelijkheid van de rechtspersoon als aansteller tot ge-volg, op basis van artikel 1384, derde lid, B.W., zulks over-eenkomstig de gemeenrechtelijke voorwaarden ter zake²³¹.

De meeste toepassingen inzake de toerekening van een onrechtmatige daad van een orgaan aan de rechtspersoon zelf, treft men aan in de overheidsaansprakelijkheid. Deze regels zijn evenwel op identieke wijze van toepassing op privaatrechtelijke rechtspersonen²³².

1326, nr. 156; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1486-1487, nr. 140; zie daarover uitvoeriger BLEECKX, Ph., «Le lien de préposition dans les rapports de complaisance», *Bull. Ass.*, 1956, 142-163 en 313-346; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 577-579, nrs. 1799-1802.

²²⁹ Cass., 15 mei 1939, *Pas.*, 1939, I, 243; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1013, nr. 986, voetnoot 6; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 592-594, nrs. 1842, 1846 en 1848, en de verwijzingen aldaar: MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 957-958, nr. 886.

²³⁰ Cass., 15 juni 1949, *Pas.*, 1949, I, 444; Rb. Antwerpen, 1 december 1976, *De Verz.*, 1977, 453; DE PAGE, H., *ibid.*; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 582, nr. 1814, en 592-593, nrs. 1842-1845 en de verwijzingen aldaar; KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 46, nr. 29; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *ibid.*; zie ook Cass., 27 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, 1368, *Pas.*, 1980, I, 1362, *R.W.*, 1981-82, 943, met noot, *J.T.*, 1981, 139.

²³¹ Zie in het algemeen: VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, 149-150, nr. 56; RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 422-425; zie specifiek, i.v.m. de over-heidsaansprakelijkheid, CAMBIER, C., «La responsabilité de l'Etat pour le comportement illégal de ses organes en Belgique», in *Haf-tung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völker-recht (red.), Keulen-Berlijn, Carl Heymanns Verlag, 1967, (41), 50-53; DEMBOUR, J., *Droit administratif*, Liège, Faculté de Droit, 1978, 212-214, nr. 153; MAST, A., ALEN, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 535-537, nr. 554; VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid ...*, 157-158, nr. 134, en de talrijke verwijzingen aldaar.

²³² RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, *ibid.*; E.K., noot onder Cass., 27 oktober 1982, *Arr. Cass.*, 1982-

Inzake de aansprakelijkheid van *publiekrechtelijke rechtspersonen* voor de onrechtmatige daden van hun per-soneelsleden wordt, zoals bekend, in België een onder-scheid gemaakt tussen de ambtenaar-orgaan en de ambte-naar-aangestelde. In de loop der jaren werden in de recht-spraak en de rechtsleer verschillende criteria uitgewerkt om dit onderscheid op te grondvesten²³³. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat op dit ogenblik als criterium wordt gebruikt dat enkel als orgaan van de Staat mag worden beschouwd degene die krachtens de wet of de reglementen genomen ter uitvoering van de wet, een gedeel-te van het staatsgezag uitoefent, hoe klein dit ook moge zijn, of die de bevoegdheid heeft de Staat tegenover derden te verbinden²³⁴. Redelijkerwijze valt aan te nemen dat dit criterium, dat in de rechtspraak van de laatste jaren duide-lijk de bovenhand lijkt te halen²³⁵, *mutatis mutandis* mag worden uitgebreid tot de personeelsleden van andere pu-bliekrechtelijke rechtspersonen²³⁶.

Voor de *privaatrechtelijke rechtspersonen* wordt een veel beperkter orgaanbegrip gehanteerd. Alleen de door de wet voorziene organen worden 'als organen van de rechtspersoon beschouwd'; dit zijn bv. in het geval van een N.V. de algemene vergadering, de raad van bestuur, het college van commissarissen en de vereffenaars; in het geval van een V.Z.W. de algemene ledenvergadering en de raad van be-heer²³⁷.

Het onderscheid tussen organen en aangestelden heeft, vooral inzake de overheidsaansprakelijkheid, hoofdzake-lijk praktisch belang op het vlak van de persoonlijke aan-sprakelijkheid van deze twee categorieën personen en de daarmee samenhangende regresvordering van de rechtspersoon²³⁸, evenals inzake het verband dat moet bestaan tus-sen de onrechtmatige handeling en de uitgeoefende func-tie²³⁹.

C. Gelegenheidsaanstelling — «Uitlening» van een werknemer

53. Het komt geregeld voor dat een werkgever een of meer van zijn werknemers tijdelijk ter beschikking stelt van een derde²⁴⁰. Als deze «uitgeleende» werknemer bij de uit-

83, 308-309; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., «Overzicht van rechtspraak (1978-1985), Vennootschappen», *T.P.R.*, 1986, (839), 954, nr. 84.

²³³ Voor een overzicht daarvan, zie VAN OEVELEN, A., *De over-heidsaansprakelijkheid ...*, 159-161, nrs. 137-138, en de verwijzingen aldaar.

²³⁴ Cass., 30 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, 570; Cass., 27 mei 1963, *Pas.*, 1963, I, 1033.

²³⁵ Zie de rechtspraak aangehaald bij FAGNART, J.L., *Examen I*, 156-157, nr. 90; *adde*: Bergen, 26 maart 1975, *Pas.*, 1976, II, 6.

²³⁶ KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tenden-sen*, 55, nr. 40; zie voorts de rechtspraak geciteerd bij VAN OEVE-LEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid ...*, 161, nr. 138, voetnoot 92.

²³⁷ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 151, nr. 56; RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 338-341 en 426-427.

²³⁸ Zie *supra*, nrs. 9 en 29, evenals de verwijzingen aldaar; zie ook *infra*, nr. 63, en de verwijzingen aldaar.

²³⁹ Zie daarover *infra*, nr. 61 en de verwijzingen aldaar.

²⁴⁰ Het arbeidsrechtelijke aspect van deze problematiek wordt hier buiten beschouwing gelaten (zie daarvoor de wet van 24 juli

voering van zijn opdracht een fout begaat waardoor aan een derde schade wordt veroorzaakt, rijst de vraag wie als aansteller hiervoor aansprakelijk kan worden gesteld: zijn werkgever of zijn gelegenheidsaansteller of beiden?

Op deze vraag kan moeilijk een precies en algemeen geldend antwoord worden gegeven, daar de omstandigheden waarin een werknemer ter beschikking wordt gesteld, zeer uiteenlopend kunnen zijn. In sommige gevallen kan de gelegenheidsaansteller werkelijk instructies geven aan de hem ter beschikking gestelde werknemer, terwijl in andere gevallen de werknemer bij de derde enkel een taak van zijn werkgever gaat uitvoeren. Het ter beschikking stellen van de werknemer kan soms ook nog gepaard gaan met de uitlening van materieel of transportmiddelen. De beantwoording van de hierboven gestelde aansprakelijkheidsvraag zal mede worden bepaald door deze factoren^{241, 242}.

Theoretisch kunnen voor dit probleem vier mogelijke oplossingen worden bedacht, die in de rechtspraak en de rechtsleer overigens ook hun aanhangers hebben gevonden: (a) de exclusieve aansprakelijkheid van de werkgever; (b) de exclusieve aansprakelijkheid van de gelegenheidsaansteller; (c) de cumulatieve aansprakelijkheid van beiden; (d) verdeling van de aansprakelijkheid tussen beiden²⁴³. Deze vier oplossingen worden in het volgend randnummer nog nader besproken, o.m. in het licht van het door het Hof van Cassatie vooropgestelde criterium.

Dit Hof besliste namelijk dat degene onder wiens *feitelijk gezag* de werknemer de hem opgedragen werkzaamheden verricht, als aansteller dient te worden beschouwd, ongeacht de wijze waarop de werknemer zijn taak volbrengt en ongeacht de aard van de fout die hij in de uitoefening van zijn opdracht begaat^{244, 245}. Dit criterium heeft het

voordeel dat het voldoende ruim en soepel is om de gevareerde werkelijkheid op te vangen en rekening te houden met de concrete omstandigheden van ieder geval afzonderlijk. Het nadeel is evenwel dat in sommige gevallen niet gemakkelijk kan worden uitgemaakt onder wiens feitelijke gezag de «uitgeleende» werknemer zijn werkzaamheden verrichtte²⁴⁶, ofschoon deze bewijsmoeilijkheden ook niet mogen worden overtrokken. Het lijkt intussen wel vast te staan dat van de vier mogelijke oplossingen die in de rechtspraak en de rechtsleer zijn voorgesteld, er sommige niet (meer) in overeenstemming zijn met het door het Hof van Cassatie aangenomen criterium.

54. De *eerste* mogelijke oplossing voor het hier aan de orde zijnde probleem bestaat erin dat *enkel de werkgever* die een van zijn werknemers ter beschikking van een derde heeft gesteld, als aansteller aansprakelijk blijft voor de onrechtmatige daden van die werknemer. Deze oplossing, die lange tijd klassiek is geweest in rechtspraak en rechtsleer²⁴⁷, lijkt enkel nog aangewezen in die gevallen waarin, conform het door het Hof van Cassatie aangenomen criterium, de werkgever het feitelijke gezag over de werkzaamheden van zijn werknemer is blijven uitoefenen²⁴⁸.

De *tweede* mogelijke oplossing is die van de *exclusieve aansprakelijkheid van de gelegenheidsaansteller*. Deze oplossing, die in de recente rechtspraak de overhand lijkt te halen²⁴⁹, dringt zich op in al die gevallen waarin in feite

1987 «betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers», B.S., 20 augustus 1987).

²⁴¹ VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1490-1491, nr. 142, A; zie ook PARIDAENS, E., «L'article 1384, alinéa 3, du Code civil, le lien de préposition et le transfert de l'autorité sur le préposé d'un commettant originaire à un commettant subséquent» (noot onder Cass., 31 oktober 1980), *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.511/3-4.

²⁴² Geen probleem van «uitlening» is de situatie waarbij twee werkgevers hun werknemer(s) een gemeenschappelijk werk laten uitvoeren, want in dat geval zijn beiden *in solidum* aansprakelijk voor de schade door hun werknemer(s) aan derden veroorzaakt (DALCQ, R.O., *Traité*, I, 588, nr. 1834; FAGNART, J.L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 319, nr. 25, die ter zake een hoofdelijke aansprakelijkheid verdedigt; PARIDAENS, E., o.c., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.511/3; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1491, nr. 142, A).

²⁴³ Voor een uitvoerige bespreking, zie FAGNART, J.L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 315-321, nrs. 21-27; ANDRÉ, R., o.c., 212-216, nrs. 170-170quinquies; PARIDAENS, E., o.c., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.511/3-8; zie in Nederland EVERS, M.F.A., o.c., *Ars Aequi*, 1985, 4-6; OLDENHUIS, F.T., o.c., 47-52, nr. 34, en de verwijzingen aldaar.

²⁴⁴ Cass., 31 oktober 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 242, *Pas.*, 1981, I, 268, *R.W.*, 1980-81, 1053, met conclusie van de advocaat-generaal LENAERTS, H., *J.T.*, 1981, 421, *T. Aann.*, 1981, 57, met noot BOGAERT, P., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.511, met noot PARIDAENS,

E.; zie ook Cass., 21 april 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 779, *Pas.*, 1971, I, 745, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8873, met noot; Cass., 8 november 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 303, *Pas.*, 1980, I, 308, *R.C.J.B.*, 1980, 295, met noot FAGNART, J.L., *R.W.*, 1980-81, 757, met noot, *J.T.*, 1980, 295, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.387; Cass., 17 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 574, *Pas.*, 1980, I, 560, *R.C.J.B.*, 1980, 295, met noot FAGNART, J.L.

Het door het Hof van Cassatie aangenomen criterium heeft ook zijn weerslag op de arbeidsongevallenregeling (zie daarover o.m. FAGNART, J.L., *Examen II*, 84, nr. 96; KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 49-50, nr. 33; SIMOENS, D., «Ongevallenrecht: grensgebieden van aansprakelijkheid, verzekering en sociale zekerheid», *T.P.R.*, 1984, (417), 431-434, nrs. 30-36; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1494-1495, nr. 142, H., en de verwijzingen aldaar).

²⁴⁵ De vraag kan worden gesteld of het Hof, door de aansprakelijkheid te verbinden aan de feitelijke gezagsuitoefening, niet is afgeweken van het oorspronkelijk begrip van de aansteller als zijnde degene die gezag en toezicht *kan* uitoefenen op de daden van een ander, zonder dat een effectieve gezagsuitoefening is vereist (KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 49, nr. 32; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1328, nr. 157, C).

²⁴⁶ KRUIHOF, R., *ibid.*

²⁴⁷ Zie de talrijke verwijzingen bij DALCQ, R.O., *Traité*, I, 589, nr. 1835; *adde*: Brussel, 6 januari 1970, *R.G.A.R.*, 1970, nr. 8481, *J.T.*, 1970, 361, met noot FAGNART, J.L.; Brussel, 14 april 1981, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10.606, met noot M.M.; Corr. Brussel, 27 mei 1970, *Pas.*, 1970, III, 108.

²⁴⁸ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 589, nr. 1836; FAGNART, J.L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 316, nr. 26; LENAERTS, H., conclusie voor Cass., 31 oktober 1980, *R.W.*, 1980-81, (1053), 1055-1057; PARIDAENS, E., o.c. *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.511/3-verso en 4.

²⁴⁹ Zie de verwijzingen bij DALCQ, R.O., «Examen de jurisprudence (1973 à 1979). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1980, (355), 400, nr. 56; DALCQ, R.O., «Examen

moet worden vastgesteld dat de «uitgeleende» werknemer zich volledig ten dienste stelt van de gelegenheidsaansteller, die hem werkelijk instructies geeft²⁵⁰. Een eventueel bezwaar tegen het aannemen van deze oplossing zou kunnen zijn dat de «uitgeleende» werknemer toch nog steeds door een arbeidsovereenkomst met zijn werkgever verbonden blijft, wat het bestaan van een juridische band van ondergeschiktheid onderstelt. Het Hof van Cassatie heeft de twijfels daaromtrent weggenomen door te beslissen dat het enkele bestaan van een arbeidsovereenkomst niet uitsluit dat de werkgever die gebruik maakt van de diensten van de aangestelde van een andere werkgever, als aansteller aansprakelijk kan zijn²⁵¹. De juridische gezagsverhouding, voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst, en de feitelijke gezagsverhouding gaan m.a.w. niet noodzakelijk samen²⁵².

De derde mogelijke oplossing is die van de *cumulative aansprakelijkheid van de werkgever en van de gelegenheidsaansteller*. In de rechtspraak krijgt deze oplossing weinig navolging²⁵³, maar in de recente rechtsleer heeft ze vrij grote bijval²⁵⁴. Als argument wordt o.m. aangewend dat deze oplossing de meeste waarborgen biedt voor de benadeelde die, als hij enkel de werkgever óf de gelegenheidsaansteller aansprakelijk kan stellen, het risico loopt een verkeerde keuze te maken²⁵⁵. Daartegenover staat echter dat, afgezien van het geval waarin twee werkgevers hun werknemers een gemeenschappelijk werk laten uitvoeren, deze oplossing moeilijk in overeenstemming te brengen is met het criterium van het Hof van Cassatie dat als aansteller dient te worden beschouwd degene die in feite zijn gezag en toezicht uitoefent op de werkzaamheden van de «uitgeleende» werknemer. Als een werknemer door zijn werkgever tijdelijk ter beschikking wordt gesteld van een derde,

moet het nagenoeg uitgesloten worden geacht dat zij beiden op hetzelfde ogenblik in feite hun gezag uitoefenden op de handelingen van die werknemer²⁵⁶.

De vierde mogelijke oplossing is die van een *verdeling van de gezagsuitoefening en van de aansprakelijkheid* tussen de werkgever en de gelegenheidsaansteller, naar gelang van de aard van de door de «uitgeleende» werknemer begane fout²⁵⁷. Deze opvatting wordt thans meestal verworpen, hoofdzakelijk omdat ze de benadeelde voor de zeer moeilijke taak plaatst de juiste aard van de door de «uitgeleende» werknemer begane fout te bepalen, wat dan het risico met zich meebrengt dat niet de juiste persoon als aansteller aansprakelijk wordt gesteld²⁵⁸. Daarbij komt dat het Hof van Cassatie deze oplossing uitdrukkelijk heeft afgewezen, toen het besliste dat als aansteller dient te worden beschouwd degene onder wiens feitelijke gezag de werknemer de hem opgedragen werkzaamheden verricht, ongeacht de wijze waarop de werknemer zijn taak volbrengt en ongeacht de aard van de fout die hij in de uitoefening van zijn opdracht begaat²⁵⁹.

§ 3. Toepassingsvoorwaarden voor de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden

53. Opdat een aansteller op basis van artikel 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk kan worden gesteld voor een onrechtmatige daad van zijn aangestelde, is vereist (a) dat aan derden schade is veroorzaakt (b) door een fout van de aangestelde (c) begaan in de uitoefening van zijn functie of in enig verband ermee²⁶⁰.

A. Schade aan derden

56. Opdat artikel 1384, derde lid, B.W. toepassing kan vinden, is in de eerste plaats vereist dat aan een derde schade is toegebracht. Onder «derden» dient men te verstaan alle andere personen dan de aansteller en de aangestelde zelf²⁶¹.

Als de aansteller zelf het slachtoffer is van een onrechtmatige daad van zijn aangestelde, staan we buiten het toepassingsgebied van artikel 1384, derde lid, B.W. De aan-

de jurisprudence (1980 à 1986). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1987, (601), 654-655, nr. 53; *adde*: Kh. Antwerpen, 14 januari 1981, *R.W.*, 1982-83, 864, met noot; Rb. Brugge, 10 november 1986, *VI. T. Gez.*, 1986-87, 284, met noot HEYLEN, R.; *R.W.*, 1987-88, 293, met noot VANSWEEVELT, Th.

²⁵⁰ LENAERTS, H., conclusie voor Cass., 31 oktober 1980, *R.W.*, 1980-81, 1057-1058; PARIDAENS, E., o.c., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.511/5; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1491-1492, nr. 142, C.

²⁵¹ Cass., 21 april 1971 en Cass., 8 november 1979, beide geciteerd in voetnoot 244.

²⁵² LENAERTS, H., conclusie voor Cass., 31 oktober 1980, *R.W.*, 1980-81, 1055; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1492, nr. 142, C.

²⁵³ Zie o.m. Kh. Gent, 26 februari 1962, *Bull. Ass.*, 1964, 498, met noot M.G.; Kh. Brussel, 28 februari 1969, *J.T.*, 1969, 426.

²⁵⁴ DALCQ, R.O., «Examen de jurisprudence (1968 à 1972). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1973, (627), 666-667, nr. 56; FAGNART, J.L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 319-321, nrs. 25-27; ANDRÉ, R., o.c., 215, nr. 170quinquies; VANSWEEVELT, Th., «De wettelijke opdracht van het O.C.M.W. en de cumulatieve aansprakelijkheid van werkgever en gelegenheidsaansteller voor fouten van aangestelden» (noot onder Rb. Brugge, 10 november 1986), *R.W.*, 1987-88, (297), 300, nr. 6; zie in dezelfde zin in Nederland: OLDENHUIS, F.T., o.c., 48-52, nr. 34; vgl. EVERS, M.F.A., o.c., *Ars Aequi*, 1985, 4-6; zie ook: H.R., 7 januari 1983, *N.J.*, 1984, 607, met noot BRUNNER, C.J.H.

²⁵⁵ ANDRÉ, R., *ibid.*; zie ook FAGNART, J.L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 320-321, nrs. 26-27.

²⁵⁶ LENAERTS, H., conclusie voor Cass., 31 oktober 1980, *R.W.*, 1980-81, 1055-1056; PARIDAENS, E., o.c., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.511/6.

²⁵⁷ Kh. Bergen, 22 december 1969, *B.R.H.*, 1970, 336; FAGNART, J.L., noot onder Brussel, 6 januari 1970, *J.T.*, 1970, (361), 362; zie ook DALCQ, R.O., *Traité*, I, 589-590, nr. 1837.

²⁵⁸ FAGNART, J.L., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 318, nr. 24; PARIDAENS, E., o.c., *R.G.A.R.*, nr. 10.511/7.

²⁵⁹ Cass., 31 oktober 1980, geciteerd in voetnoot 244; in die zin LENAERTS, H., conclusie voor Cass., 31 oktober 1980, *R.W.*, 1980-81, 1057-1059; PARIDAENS, E., *ibid.*; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1494, nr. 142, E.

²⁶⁰ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 597, nr. 1881; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 976, nr. 903.

²⁶¹ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 597-598, nr. 1897; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1498, nr. 144; Gent, 18 september 1981, *R.W.*, 1982-83, 42.

steller kan in dat geval op grond van de regels van de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid een vordering tot schadeloosstelling tegen zijn aangestelde instellen, maar als de aangestelde ook een werknemer is, thans enkel binnen de perken van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet²⁶². Het wettelijk aansprakelijkheidsvermoeden van artikel 1384, derde lid, B.W. geldt enkel ten behoeve van de derde die door de fout van de aangestelde is benadeeld, en speelt niet in de onderlinge verhouding tussen de aansteller en de aangestelde²⁶³.

Artikel 1384, derde lid, B.W. is ook niet van toepassing als de werknemer zichzelf schade toebrengt. In dat geval kan eventueel een beroep worden gedaan op de vergoedingsregeling van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971²⁶⁴.

Ten slotte zij opgemerkt dat, ingevolge het traditionele verbod van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, de benadeelde geen beroep meer kan doen op artikel 1384, derde lid, B.W., indien hij schade heeft geleden door een fout van de aangestelde(n) van zijn medecontractant, waardoor de contractuele verbintenis(sen) van deze laatste werd(en) miskend. De benadeelde contractspartner beschikt dan enkel over een contractuele aansprakelijkheidsvordering tegen zijn medecontractant-aansteller²⁶⁵.

B. Fout van de aangestelde

57. Opdat een aansteller op basis van artikel 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk kan worden gesteld, is in principe vereist dat de schade aan derden is veroorzaakt door een fout van de aangestelde²⁶⁶. Overeenkomstig het gemene

recht (artt. 1315 B.W. en 870 Ger. W.) dient de benadeelde die fout en het oorzakelijk verband met de schade te bewijzen, tenzij de wet zelf de fout en het causaal verband vermoedt²⁶⁷. Dat laatste is bv. het geval wanneer een leerkracht uit het vrij onderwijs krachtens artikel 1384, vierde lid, B.W. aansprakelijk wordt gesteld; de niet-weerlegde vermoede fout van die leerkracht wordt dan a.h.w. een beezen fout, die de aansprakelijkheid van de onderwijsinstelling als aansteller op basis van artikel 1384, derde lid, B.W. teweegbrengt²⁶⁸. Voor de toepassing van laatstgenoemde bepaling is het niet nodig dat de benadeelde ook precies aantoont welke aangestelde de schadeverwekkende daad heeft gesteld; voldoende is dat hij met zekerheid bewijst dat de schade is veroorzaakt door een fout van één van de aangestelden van de aangesproken aansteller²⁶⁹.

In principe komt iedere buitencontractuele fout van de aangestelde in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W. in aanmerking om de aansprakelijkheid van de aansteller op grond van artikel 1384, derde lid, B.W. teweeg te brengen, voor zover aan de andere toepassingsvereisten van deze bepaling is voldaan. Dit geldt ook voor de door de aangestelde opzettelijk begane fouten, daar de wet ter zake geen onderscheid maakt²⁷⁰. Het opzettelijk karakter van de ge-

HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1332, nr. 160; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1499, nr. 145, A en de aldaar geciteerde rechtspraak: MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 995, nrs. 916-917; zie ook Cass., 22 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1017, *Pas.*, 1983, I, 940, *R.W.*, 1985-86, 523.

²⁶⁷ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 598, nr. 1883; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *ibid.*; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *ibid.*; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 995-996, nrs. 917-918.

²⁶⁸ DABIN, J. en LAGASSE, A., «Examen de jurisprudence (1951 à 1955). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1955, (216), 235, nr. 47; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1005, nr. 980, B; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 555-556, nr. 1715; VAN MULLEM, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1978, 273, nr. 18; KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 43-44, nr. 25; ANDRÉ, R., o.c., 199, nr. 161; MEULDERS, L., o.c., *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.842/6-verso, nr. 22; MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., o.c., *R.C.J.B.*, 1985, 222-223, nr. 13; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *ibid.*; Luik, 9 maart 1949, *R.G.A.R.*, 1949, nr. 4435; Luik, 30 mei 1952, *Jur. Liège*, 1952-53, 41; Brussel, 30 maart 1953, *Pas.*, 1954, II, 103; Rb. Brussel, 30 juni 1956, *Bull. Ass.*, 1957, 220.

²⁶⁹ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 598, nr. 1883; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K., en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1500, nr. 145, A; Luik, 26 mei 1981, *Jur. Liège*, 1981, 401; zie ook Cass., 8 april 1965, *Pas.*, 1965, I, 847; *R.W.*, 1965-66, 1350.

²⁷⁰ DABIN, J., «L'effet de la faute intentionnelle ou lourde du préposé dans le système de la responsabilité délictuelle des commettants — Le critère du lien entre la faute dommageable commise par le préposé et les fonctions» (noot onder Brussel, 31 maart 1965), *R.C.J.B.*, 1965, (255), 257-264; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 599-600, nrs. 1891-1892; KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 52, nr. 38; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1340, nr. 163, D; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1508, nr. 148, D; Gent, 4 november 1982, *R.W.*, 1984-85, 2285, met

²⁶² DALCQ, R.O., *Traité*, I, 603, nr. 1898-4; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1332, nr. 159, en de aldaar geciteerde rechtspraak; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., *ibid.*; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 977, nr. 904; betreffende de door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet vereiste gekwalificeerde fout, zie *supra*, nrs. 14-19 en 33-35, evenals de verwijzingen aldaar.

²⁶³ Cass., 10 april 1950, *Pas.*, 1950, I, 828; Cass., 24 mei 1962, *Pas.*, 1962, I, 1082, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7232, met noot DALCQ, R.O.; Cass., 21 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 692, *Pas.*, 1972, I, 683; Cass., 22 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1017, *Pas.*, 1983, I, 940, *R.W.*, 1985-86, 523, met noot; DALCQ, R.O., *ibid.*; VANDENBERGHE, H. VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1344, nr. 166; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1512, nr. 151; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., *ibid.*; VINEY, G., o.c., 903, nr. 811.

²⁶⁴ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 603, nr. 1898-5; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 976, nr. 904.

²⁶⁵ VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1343, nr. 165; VANDENBERGHE, H., en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1511, nr. 150; DIRIX, E., o.c., 43, nr. 43; Cass., 15 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 62, *Pas.*, 1978, I, 66, *R.W.*, 1978-79, 325, met noot, *R.C.J.B.*, 1978, 426, met noot DALCQ, R.O., en GLANSDORFF, F.; betreffende de aansprakelijkheid van de contractuele schuldenaar voor de fouten van zijn hulp-personen, zie *supra*, nrs. 38-48, en de verwijzingen aldaar.

²⁶⁶ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 597, nr. 1882, en de talrijke verwijzingen aldaar; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., en

pleegde fout kan echter wel een aanwijzing zijn dat, in acht genomen de concrete omstandigheden, de aangestelde die fout niet in de uitoefening van zijn functie heeft begaan²⁷¹.

58. Sinds *artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet* de persoonlijke aansprakelijkheid van de werknemer-aangestelde beperkt tot zijn opzettelijke fout, zware fout en de gewoonlijk bij hem voorkomende lichte fout, is de vraag gerezen of de werkgever-aansteller op grond van artikel 1384, derde lid, B.W. nog aansprakelijk kan worden gesteld voor de onrechtmatige daden van zijn *werknemer-aangestelde*, in de gevallen waarin deze laatste *zelf niet aansprakelijk* is, d.i. bij diens occasionele lichte fout.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 werd beklemtoond dat de wetgever met artikel 18 van deze wet geen wijziging wenste aan te brengen aan de aansprakelijkheid van de werkgever-aansteller krachtens artikel 1384, derde lid, B.W.²⁷². Vanaf de inwerkingtreding van deze wet heeft de rechtsleer, op enkele uitzonderingen na²⁷³, eveneens deze opvatting verdedigd²⁷⁴, die nadien ook in de rechtspraak van de feitenrechtshouders navolging vond²⁷⁵. Ten slotte heeft het Hof van

Cassatie zich bij die zienswijze aangesloten door in een arrest van 18 november 1981 te beslissen dat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet afwijkt van het gemene recht, in zoverre het de aangestelde, vrijstelt van aansprakelijkheid in geval van een lichte fout die niet gewoonlijk voorkomt, maar dat die vrijstelling in de zin van het gemene recht enkel geldt voor de aangestelde, en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever niet uitsluit²⁷⁶. Men zou hieruit kunnen afleiden dat, sinds artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, voor de toepassing van artikel 1384, derde lid, B.W. wel een fout van de aangestelde vereist is, zonder dat het evenwel nodig is dat hij daarvoor ook persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld²⁷⁷.

59. Kan de aansteller krachtens artikel 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk worden gesteld wanneer de *aangestelde*, vrij uitzonderlijk²⁷⁸, vermoed wordt aansprakelijk te zijn als *bewaarder van een gebrekkige zaak* (art. 1384, eerste lid, B.W.) of *van een dier* (art. 1385 B.W.)? In een arrest van 5 november 1981 heeft het Hof van Cassatie deze vraag principieel bevestigend beantwoord. In dit geval had het bestreden arrest wettig beslist dat de aangestelde, die rijles gaf in een manège, krachtens artikel 1385 B.W. aansprakelijk was voor de door het dier veroorzaakte schade. Na op wettige wijze te hebben vastgesteld dat deze schade door de aangestelde was veroorzaakt in de bediening waartoe zijn aansteller, de manège-houder, hem had gebruikt, kon het bestreden arrest de aansteller wettig veroordelen met toepassing van artikel 1384, derde lid, B.W.²⁷⁹.

60. Kan de aansteller op basis van laatstgenoemde bepaling aansprakelijk worden gesteld in het vrij uitzonderlijk geval dat de aangestelde tijdens zijn bediening in een plotselinge vlag van waanzin aan een derde schade heeft berekend?

Traditioneel wordt op deze vraag ontkennend geantwoord, omdat de *aangestelde* in dit geval *niet toerekenbaar* was voor zijn daad en bijgevolg *geen fout* in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W. kon begaan. De invoering van artikel 1386bis B.W., dat alleen een vergoedingsprobleem regelt, heeft hieraan niets gewijzigd²⁸⁰. Dit principe geldt

noot; Brussel, 8 mei 1985, *J.T.*, 1986, 252, met noot VAN GYSEL, A.-C.; *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10.993, met noot; Corr. Nijvel, 8 juni 1984, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10.979, met noot; *contra*: Brussel, 31 maart 1965, *R.C.J.B.*, 1965, 253, met noot DABIN, J., *J.T.*, 1965, 348, met noot, *Bull. Ass.*, 1966, 720, met noot, *R.G.A.R.*, 1967, nr. 7849.

²⁷¹ DABIN, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1965, 275-276; DALCQ, R.O., *ibid.*; DALCQ, R.O., «Examen de jurisprudence (1963 à 1967). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1968, (193), 235-236, nr. 43; FAGNART, J.L., *Examen I*, 49, nr. 26; Brussel, 1 maart 1967 en Corr. Charleroi, 17 februari 1966, *Bull. Ass.*, 1967, 1136, met noot R.B.

²⁷² Memorie van toelichting en advies van de Raad van State bij het «Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St.*, *Senaat*, B.Z., 1974, nr. 381/1, blz. 6 en 66.

²⁷³ BENOIT, M., «Les contrats de travaux d'ouvrier et d'employé. Les modifications apportées par la loi du 3 juillet 1978», *Rev. Banque*, 1979, (229), 231; ANDRÉ, R., *o.c.*, 237-239, nr. 188; eerder aarzeland: DALCQ, R.O., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.040.

²⁷⁴ CAEYERS-DE HONDT, A.M., «Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten», *T.S.R.*, 1978 (393), 400; DENIS, P., «La loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail», *Ann. Dr.*, 1978, (373), 386; TAQUET, M. en WANTIEZ, C., *o.c.*, *J.T.T.*, 1978, 289; NAESSENS, A., *o.c.*, *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten*, 67; KRUIHOF, R., *o.c.*, *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 43, voetnoot 21; TAQUET, M. en WANTIEZ, C., *o.c.*, *Nouveaux visages du contrat de travail*, 39-40; COLENS, A. en M., *o.c.*, 88, nr. 48; FAGNART, J.L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 309, nr. 13; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1331, nr. 158; FRANKINET, D., noot onder Corr. Luik, 20 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1982, 81; X., «Quant à l'article 18 de la loi sur les contrats de travail» (noot onder Vred. Leuze, 25 mei 1981), *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.463/2; HOEN, H., *o.c.*, *J.T.T.*, 1983, 241; FAGNART, J.L., *o.c.*, *Responsabilité et réparation des dommages*, 78, nr. 96.

²⁷⁵ Gent, 18 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 44, met noot; Brussel, 1 april 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.460; Brussel, 7 mei 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.461, met noot; Brussel, 26 januari 1983, *R.W.*, 1983-84, 169; Luik, 8 november 1984, *Jur. Liège*, 1985, 293; Corr. Namen, 23 februari 1982, *Jur. Liège*, 1982, 318; Pol. Hasselt, 9 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1510; *J.T.T.*, 1979, 302; *Limb. Rechtsl.*, 1979, 115.

²⁷⁶ Cass., 18 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 859, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.459.

²⁷⁷ FAGNART, J.L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 309, nr. 13; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1331, nr. 158; X., «Quant à l'article 18 de la loi sur les contrats de travail» (noot onder Vred. Leuze, 25 mei 1981), *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.463/2; BOCKEN, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 402, nr. 87.

²⁷⁸ Betreffende de mogelijkheid om een aangestelde als bewaarder van een gebrekkige zaak of van een dier te beschouwen, zie *supra*, nr. 26, en de verwijzingen aldaar.

²⁷⁹ Cass., 5 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 328, *Pas.*, 1982, I, 316, met conclusie van de procureur-generaal DUMON, F., *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.526, met conclusie, *R.W.*, 1983-84, 2909, met noot, *R.C.J.B.*, 1985, 207, met noot MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A.

²⁸⁰ DABIN, J. en LAGASSE, A., «Examen de jurisprudence (1955 à 1959). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1959, (175), 205, nr. 52; DE PAGE, H., *Traité*, II, 892, nr. 918, A; DALCQ, R.O., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.040; Cass., 30 september 1957, *Pas.*, 1958, I, 61, *J.T.*, 1958, 201, met noot DALCQ, R.O. (impliciet); Brussel, 6 juli 1938, en Corr. Brussel, 6 mei 1938, *B.J.*, 1939, 175, met noot NUSBAUM, S.; Rb.

evenwel enkel voor de volkomen geesteszieken. Daar de niet-volledig ontoerekeningsvatbaren wel een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W. kunnen begaan, belet niets dat hun aanstellers voor hun onrechtmatige daden aansprakelijk kunnen worden gesteld²⁸¹.

Een deel van de rechtsleer is van oordeel dat de aanstellers op basis van artikel 1384, derde lid, B.W. zelfs aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld voor de schade veroorzaakt door hun volkomen ontoerekeningsvatbare aangestelden, dit naar analogie met de jurisprudentiële regel dat ook de ouders aansprakelijk zijn voor de zgn. objectieve onrechtmatige daden van hun ontoerekeningsvatbare *infantes*²⁸². Deze opvatting werd door anderen verworpen als niet in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van artikel 1386bis B.W.²⁸³. In de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie lijkt er voor deze stelling wel een opening te zijn gemaakt, nu het Hof enerzijds een samenvoeging van de diverse kwalitatieve aansprakelijkheden lijkt te aanvaarden²⁸⁴, en anderzijds voor de toepassing van artikel 1384, derde lid, B.W. niet als vereiste stelt dat de aangestelde-werknemer ook persoonlijk aansprakelijk moet kunnen worden gesteld²⁸⁵.

C. Fout in de uitoefening van de functie

61. Opdat de aanstellers aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de onrechtmatige daden van hun aangestelden, is ten slotte vereist, volgens de bewoordingen zelf van artikel 1384, derde lid, B.W., dat de schade door de aangestelden is veroorzaakt «in de bediening» waartoe de aanstellers hen hebben gebruikt. Het begrip «in de bediening» wordt in de rechtspraak en gedeeltelijk ook in de rechtsleer op een *zeer ruime* — eigenlijk te ruime — wijze geïnterpreteerd.

Antwerpen, 29 september 1967, *R.W.*, 1967-68, 1134, *R.G.A.R.*, 1969, nr. 8175, met noot DALCQ, R.O., zie voorts de talrijke verwijzingen bij DALCQ, R.O., *Traité*, I, 598, nr. 1884, en bij KRUIHOF, R., «De buitencontractuele aansprakelijkheid van en voor geesteszieken (deel II)», *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10.190/3-verso, voetnoot 38.

²⁸¹ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 598, nrs. 1885-1886; KRUIHOF, R., o.c., *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10.190/3-verso, nr. 53.

²⁸² NUSBAUM, S., noot onder Brussel, 6 juli 1938, *B.J.*, 1938, (175), 181-184; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 598-599, nrs. 1885-1888; FAGNART, J.L., *Examen II*, 84, nr. 97; KRUIHOF, R., o.c., *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10.190/4, nr. 54; MEULDERS, L., o.c., *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.842/10-verso, nr. 48; betreffende de aansprakelijkheid van de ouders voor de zgn. objectieve daden van hun *infantes*, zie vooral Cass., 7 maart 1957, *Arr. Verbr.*, 1957, 546, *Pas.*, 1957, I, 806, met conclusie van de procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT, R., *J.T.*, 1957, 276, met noot DALCQ, R.O., *R.W.*, 1957-58, 451, *R.G.A.R.*, 1958, nr. 6083, met conclusie, *R.C.J.B.*, 1959, 18, met noot LAGASSE, A.; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 525-528, nrs. 1610-1618; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1297-1300, nr. 132.

²⁸³ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, 400-401, nr. 87, met uitgebreide verwijzing naar de parlementaire voorbereiding.

²⁸⁴ Cass., 5 november 1981, geciteerd in voetnoot 279 (zie daarover *supra*, nr. 59).

²⁸⁵ Cass., 18 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 859, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.459 (zie daarover *supra*, nr. 58).

Om een schade te kunnen beschouwen als veroorzaakt in de bediening waartoe de aangestelde werd gebruikt, is volgens een constante rechtspraak van het Hof van Cassatie niet vereist dat de onrechtmatige daad tot de bediening zelf van de aangestelde behoort, maar is het voldoende dat de daad tijdens de duur van de bediening is gepleegd en in verband met deze bediening staat, al was het onrechtstreeks en occasioneel²⁸⁶.

Het verband tussen de onrechtmatige daad van de aangestelde en de functie waartoe hij werd aangesteld, wordt overwegend zeer soepel opgevat. Voor zover de onrechtmatige daad tijdens de duur van de uitoefening van de functie is gepleegd, is enig, zij het onrechtstreeks en toevallig verband ermee voldoende, zodanig dat onrechtmatige daden gepleegd naar aanleiding van de uitoefening van de functie ook de aansprakelijkheid van de aansteller teweegbrengen²⁸⁷. Men is het er daarentegen over eens om onrechtmatige daden die buiten de eigenlijke duur van de uitoefening van de functie zijn gepleegd, niet binnen het toepassingsgebied van artikel 1384, derde lid, B.W. te plaatsen, ofschoon de rechtspraak zich ook hier soepel opstelt²⁸⁸.

Deze ruime interpretatie van het begrip «in de bediening» in artikel 1384, derde lid, B.W. leidt ertoe dat de aansteller ook aansprakelijk wordt gesteld voor het *mis-*

²⁸⁶ Cass., 27 maart 1944, *Arr. Verbr.*, 1944, 127, *Pas.*, 1944, I, 275; Cass., 30 september 1957, *Pas.*, 1958, I, 61, *J.T.*, 1958, 201, met noot DALCQ, R.O.; Cass., 12 september 1960, *Pas.*, 1961, I, 40, *R.G.A.R.*, 1962, nr. 6874, met noot DALCQ, R.O.; Cass., 19 februari 1962, *Pas.*, 1962, I, 700; Cass., 8 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1065; Cass., 7 februari 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 545, *Pas.*, 1969, I, 517, *R.W.*, 1968-69, 1545; *J.T.*, 1969, 297; Cass., 16 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 165, *Pas.*, 1973, I, 165; Cass., 25 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 258, *Pas.*, 1978, I, 244; Cass., 27 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1368, *Pas.*, 1980, I, 1362, *R.W.*, 1981-82, 943; Cass., 9 februari 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 741, *Pas.*, 1982, I, 716; Cass., 2 oktober 1984, *R.W.*, 1984-85, 2704, met noot; zie in de rechtsleer vooral DALCQ, R.O., *Traité*, I, 616, nr. 1959.

²⁸⁷ Zie de rechtspraak geciteerd door VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1338-1339, nr. 163, A, en door VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1506-1507, nr. 148, A; zie in dezelfde zin in Nederland: H.R., 21 mei 1937, *N.J.*, 1937, 897, nr. 638, met conclusie van de procureur-generaal BESIER en met noot E.M.M.; H.R., 1 februari 1957, *N.J.*, 1957, 311, nr. 175, met conclusie van de advocaat-generaal LANGEMEIJER; SCHUT, G.H.A., *Onrechtmatige daad*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 119-120; ASSER, C. en RUTTEN, L.E.H., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, Deel III, *De verbintenis uit de wet*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1983, 157-158; BRUNNER, C.J.H., *Aansprakelijkheid voor zaken en personen en aansprakelijkheid van de rechtspersoon*, in *Onrechtmatige daad*, DRION, H. (red.), IV, Deventer, Kluwer, s.d., nr. 153; OLDENHUIS, F.T., o.c., 63-65, nr. 42.

²⁸⁸ DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1965, 270, nr. 2; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1019-1020, nr. 989; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 607, nrs. 1908-1911, en de talrijke verwijzingen aldaar; KRUIHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 51, nr. 35; Cass., 24 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 472, *Pas.*, 1981, I, 467, *R.W.*, 1981-82, 2739; zie voorts de rechtspraak geciteerd door VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1336-1337, nr. 162, A.

bruik van functie door zijn aangestelde begaan. Hiermee wordt bedoeld dat de aangestelde zijn functie of de middelen die zijn aansteller hem ter beschikking heeft gesteld, gebruikt voor persoonlijke doeleinden, m.a.w. voor doeleinden die vreemd zijn aan de door de aansteller gegeven opdracht²⁸⁹. Terecht wordt door een toenemend aantal auteurs kritiek uitgeoefend op deze al te extensieve interpretatie van het begrip «in de bediening», die leidt tot een onverantwoord strenge en verregaande aansprakelijkheid van de aansteller²⁹⁰. De voorkeur dient te worden gegeven aan het striktere criterium dat door de recente rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie wordt gehanteerd, waarbij de aansteller wordt vrijgesteld van aansprakelijkheid als de aangestelde heeft gehandeld met doeleinden die vreemd zijn aan de door zijn aansteller gegeven opdracht²⁹¹.

De ruime interpretatie die het Hof van Cassatie geeft aan het begrip «in de bediening» in artikel 1384, derde lid, B.W., is nog vanuit een ander oogpunt voor kritiek vatbaar. Zij staat in schril contrast met de *vrij strikte voorwaarden* die door hetzelfde Hof worden gesteld om de onrechtmatige daad van een *orgaan* aan de rechtspersoon te kunnen toerekenen. Daartoe wordt vereist dat het orgaan hetzij binnen de formele kring van zijn bevoegdheid heeft gehandeld, hetzij door ieder redelijk en voorzichtig mens geacht wordt binnen die sfeer te hebben gehandeld²⁹². De

verklaring voor dit striktere criterium dient te worden gevonden in het begrip van de organieke vertegenwoordigingsmacht zelf: daar een rechtspersoon enkel kan handelen door tussenkomst van zijn organen, kan de daad van het orgaan in principe slechts met de daad van de rechtspersoon worden vereenzelvigd, als zij is verricht in de vervulling van zijn functie²⁹³.

§ 4. Onweerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden — Bevrijdingsmogelijkheden voor de aansteller

62. Het door artikel 1384, derde lid, B.W. gevestigde aansprakelijkheidsvermoeden is *onweerlegbaar*. De aansteller kan niet aan zijn aansprakelijkheid ontkomen door te bewijzen dat hij geen fout heeft begaan bij de keuze van de aangestelde en ook niet bij het toezicht op diens werkzaamheden, en evenmin door aan te tonen dat hij de onrechtmatige daad van zijn aangestelde niet kon voorzien noch verhinderen. De aansteller is m.a.w. objectief aansprakelijk²⁹⁴.

De aansteller kan zich slechts *bevrijden* van de aansprakelijkheid die artikel 1384, derde lid, B.W. op hem legt door aan te tonen dat *niet voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden* van dit artikel. Dit kan hij door te bewijzen ofwel dat de aangestelde geen fout heeft begaan in oorzakelijk verband met de schade, ofwel dat die fout geen verband houdt met de uitoefening van zijn functie ofwel dat de schade niet is veroorzaakt door de fout van de aangestelde, maar is teweeggebracht door overmacht, de fout van een derde of de fout van de benadeelde²⁹⁵. Als de schade is veroorzaakt, zowel door de fout van de benadeelde als door die van de aangestelde, leidt dit tot een gedeeltelijke bevrijding van de aansprakelijkheid van de aansteller²⁹⁶.

²⁸⁹ DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1965, 270-271, nr. 2; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1022-1023, nr. 990; KRUITHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 51-52, nr. 36; voor toepassingsgevallen, zie de verwijzingen in voetnoot 287.

²⁹⁰ DABIN, J. en LAGASSE, A., o.c., *R.C.J.B.*, 1959, 206, nr. 55; DE PAGE, H., *Traité*, II, 1023, nr. 990, B; DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1965, 272-273, nr. 3; KRUITHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 50-52, nrs. 34 en 36-37; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1502-1503, nr. 146.

²⁹¹ In die zin KRUITHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 53, nr. 39; zie in dat verband Cass. fr., 10 juni 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, II, 441, *Dall.*, 1977, *Jur.*, 465, met noot LARROUMET, C.; Cass. fr., 20 juni 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, II, *Somm.*, 518, *Dall.*, 1980, *Inf. Rap.*, 37, met noot LARROUMET, C.; Cass. fr., 17 juni 1983, *J.C.P.*, 1983, II, nr. 20.120, met conclusie van de eerste advocaat-generaal SADON, P.A., en met noot CHABAS, F., *Dall.*, 1984, *Jur.*, 134, met noot DENIS, D.; Cass. fr., 27 oktober 1983, *Dall.*, 1984, *Jur.*, 170, met noot LARROUMET, C.; VINEY, G., o.c., 887-897, nrs. 798-805; DURRY, G., «Jurisprudence française en matière de droit civil. La responsabilité civile», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1983, 749-752, en 1984, 315-316; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1503-1505, nr. 146, B.

²⁹² Cass., 29 mei 1947, *Arr. Verbr.*, 1947, 170, *Pas.*, 1947, I, 216, met noot R.H.; Cass., 19 juni 1952, *Arr. Verbr.*, 1952, 592, *Pas.*, 1952, I, 676; Cass., 30 april 1953, *Arr. Verbr.*, 1953, 96, *Pas.*, 1953, I, 672; zie daarover uitvoeriger VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid ...*, 162-164, nrs. 140-141, en de talrijke verwijzingen aldaar; voor kritiek op deze ongelijke juridische behandeling t.a.v. organen en aangestelden, zie o.m. CAMBIER, C., *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 256-261; DABIN, J. en LAGASSE, A., o.c., *R.C.J.B.*, 1955, 273-274, nr. 125, en *R.C.J.B.*, 1959, 283-284, nr. 91; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 459, nr. 1373; KRUITHOF, R., o.c., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 55-56, nr. 40; VAN OEVELEN, A., o.c., 165, nr. 142; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M.,

m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1489, nr. 141, B.

²⁹³ RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 400-401; zie ook DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1965, 273-274, nr. 4.

²⁹⁴ Het onweerlegbaar karakter van dit vermoeden wordt hieruit afgeleid dat, anders dan voor de ouders en de leerkrachten, in artikel 1384, vijfde lid, B.W. niet wordt bepaald dat de aanstellers zich van hun aansprakelijkheid kunnen bevrijden door te bewijzen dat zij het feit dat daartoe aanleiding gaf, niet hebben kunnen beletten (DE PAGE, H., *Traité*, II, 1024, nr. 991, A; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 621-622, nrs. 1983-1984; MAZEAUD, H. en L., en TUNC, A., o.c., I, 999-1001, nrs. 922-925). Het onweerlegbaar karakter van dit aansprakelijkheidsvermoeden wordt algemeen aanvaard (zie de talrijke verwijzingen bij DALCQ, R.O., *Traité*, I, 622, nr. 1984; *adde*: VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1345, nr. 167, en de aldaar geciteerde rechtspraak: BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, 402, nr. 88; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1512-1513, nr. 152; Gent, 4 november 1982, *R.W.*, 1984-85, 2285, met noot).

²⁹⁵ DALCQ, R.O., *Traité*, I, 622, nr. 1985; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *ibid.*; BOCKEN, H., *ibid.*; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELLEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1513, nr. 152; VINEY, G., o.c., 902, nr. 810.

²⁹⁶ Zie de verwijzingen in vorige voetnoot; voor toepassingsgevallen, zie o.m. Brussel, 11 februari 1970, *De Verz.*, 1970, 513; Gent, 19 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 44; Pol. Hasselt, 6 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.448, met noot PANIER, G.

§ 5. Regresvordering van de aansteller tegen zijnaangestelde

63. De aansteller die de benadeelde heeft vergoed voor de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van zijn aangestelde, mag de door hem betaalde schadevergoeding in principe *terugvorderen* van die aangestelde²⁹⁷. De juridische grondslag van deze regresvordering is de wettelijke indeplaatsstelling krachtens artikel 1251, 3°, B.W., ten voordele van degene die, zoals *in casu* de aansteller, met of voor een ander, zoals *in casu* zijn aangestelde, gehouden is tot betaling van een schuld, er belang bij had deze te voldoen²⁹⁸.

Als de aangestelde evenwel een werknemer is, verbonden door een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, zal de werkgever tegen hem slechts een regresvordering kunnen uitoefenen onder de voorwaarden en binnen de perken van artikel 18 van dezelfde wet. Daar de werknemer die bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst aan derden schade berokkent, slechts persoonlijk aansprakelijk is voor zijn opzettelijke fout, zijn zware fout en de bij hem gewoonlijk voorkomen- de lichte fout, zal de werkgever enkel in die gevallen een regresvordering tegen zijn werknemer kunnen uitoefenen. Aangezien de werknemer niet meer persoonlijk aansprakelijk is voor zijn toevallige lichte fout, zal de werkgever in dat geval de betaalde schadevergoeding ook niet meer van hem kunnen terugvorderen^{299, 300}.

²⁹⁷ DE PAGE, H., *Traité*, II, 987, nr. 971, D; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 624-625, nr. 1992, en de talrijke verwijzingen aldaar; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1346, nr. 169; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1514, nr. 154; MAZEAUD, H., en L., en TUNC, A., o.c., I, 1002, nr. 927; VINEY, G., o.c., 903, nr. 811; Cass., 10 juli 1952, *Pas.*, 1952, I, 738; *R.W.*, 1952-53, 1228; Cass., 10 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1088; *R.C.J.B.*, 1958, 5, met noot GEVERS, M.; Cass., 24 mei 1962, *Pas.*, 1962, I, 1082; *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7232, met noot DALCQ, R.O.; Cass., 21 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 692; *Pas.*, 1972, I, 683.

²⁹⁸ GEVERS, M., «Recours du commettant contre le préposé coupable d'une infraction — Fondement de ce recours — Prescription applicable à l'action du commettant» (noot onder Cass., 10 mei 1957), *R.C.J.B.*, 1958, (8), 12-13; DALCQ, R.O., *Traité*, I, 626, nr. 1995; FAGNART, J.L., *Examen II*, 85, nr. 99; zie in die zin de in vorige voetnoot geciteerde cassatierechtspraak.

²⁹⁹ DALCQ, R.O., o.c., *R.C.J.B.*, 1980, 403, nr. 57; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1346-1347, nr. 169; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *T.P.R.*, 1987, 1514, nr. 154; voor een toepassingsgeval, zie Gent, 4 november 1982, *R.W.*, 1984-85, 2285, met noot; *contra*, doch ten onrechte: Vred. Leuze, 25 mei 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.463, met noot, waarin ten onrechte wordt beslist dat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet niets heeft gewijzigd aan de persoonlijke aansprakelijkheid van de werknemer t.o.v. derden.

³⁰⁰ In die richting gaat ook artikel 6.3.2.2, derde lid, Nieuw Nederlands B.W.: «Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoort de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders

§ 6. Conventionele regeling van de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden

64. Zoals bekend zijn de artikelen 1382 en 1383 B.W. in België niet van openbare orde, zodat het de partijen in principe toegestaan is hiervan af te wijken³⁰¹. Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden, krachtens artikel 1384, derde lid, B.W.³⁰². Meer nog, volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie kunnen de partijen, behoudens wanneer de wet anders bepaalt, geldig overeenkomen dat een van hen niet zal instaan voor de zelfs opzettelijk fout van zijn aangestelden³⁰³.

ALGEMEEN BESLUIT

65. Bij wijze van besluit wordt hierna getracht een integrale evaluatie te maken van het Belgisch recht inzake de civielrechtelijke aansprakelijkheid van en voor de werknemer.

Indien men de gemeenrechtelijke regeling ter zake in haar geheel overschouwt — de bijzondere wetsbepalingen werden buiten beschouwing gelaten —, ontkomt men niet aan de vaststelling dat het hier een vrij *ingewikkeld* stuk recht betreft, daar rekening moet worden gehouden met verscheidene wetsbepalingen die niet altijd even gemakkelijk in het hele systeem kunnen worden ingepast. Hierbij wordt hoofdzakelijk gedacht aan de vernieuwingen en de problemen die artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet

voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.» Deze bepaling is het resultaat van een ontwikkeling in de rechtspraak en de rechtsleer die ertoe heeft geleid dat thans reeds overwegend wordt aangenomen dat op grond van de tussen de werkgever en de ondergeschikte bestaande onderlinge rechtsverhouding en op grond van andere omstandigheden, zoals de aard van de aan de ondergeschikte opgedragen taak, het regresrecht van de werkgever geheel of gedeeltelijk behoort te vervallen, o.m. wanneer de schade het gevolg is van «normale» fouten van de ondergeschikte, die inherent zijn aan de dienstbetrekking (zie daarover H.R., 26 juni 1959, *N.J.*, 1959, 1153, nr. 551, met conclusie van de procureur-generaal LANGE-MEIJER en met noot L.E.H.R.; DE KOK, H.G.F.M., *Het regres*, Deventer, Kluwer, 1965, 68-74; ASSER, C. en RUTTEN, L.E.H., o.c., IV, *De verbintenis uit de wet*, 147-148 en 164-164; BRUNNER, C.J.H., o.c., in *Onrechtmatige daad*, DRION, H. (red.), IV, nrs. 171-172; OLDENHUIS, F.T., o.c., 71-75, nrs. 48-49).

³⁰¹ Cass., 21 februari 1907, *Pas.*, 1907, I, 135; Cass., 29 september 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 121, *Pas.*, 1973, I, 124; Cass., 10 februari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 643, *Pas.*, 1981, I, 621, *R.W.*, 1980-81, 2728, met noot; VAN RYN, J., «Les clauses de non-responsabilité», *R.G.A.R.*, 1931, nr. 703, nrs. 3-5; DE PAGE, H., *Traité* II, 1107-1108, nr. 1053; DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1960, 14-15; DALCQ, R.O., *Traité, de la responsabilité civile*, in *Les Nouvelles, Droit civil*, V-2, Brussel, Larcier, 1962, 787, nr. 4294; CORNELIS, L., o.c., *R.C.J.B.*, 1981, 201-202 en 205; KRUTHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1984, 264-265, nrs. 26-27.

³⁰² DE PAGE, H., *Traité*, II, 1108-1109, nr. 1054.

³⁰³ Cass., 25 september 1959, *Arr. Verbr.*, 1960, 86, *Pas.*, 1960, I, 113, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P., *R.C.J.B.*, 1960, 6, met noot DABIN, J., *J.T.*, 1960, 114, met noot ROTTHIER, J.J.; zie ook *supra*, nr. 48, en de verwijzingen aldaar.

heeft teweeggebracht. Voorts zijn er de belangrijke gevolgen die voortvloeien uit de nu genoegzaam bekende rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de samenloop en de coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, maar ook de twistvragen en de afbakeningsproblemen die nog blijven bestaan³⁰⁴.

Bij een *inhoudelijke beoordeling* van dit onderdeel van het Belgisch civiel aansprakelijkheidsrecht dient als maatstaf te worden vooropgesteld dat «goed» recht een evenwichtige en billijke regeling moet inhouden van de met elkaar strijdige belangen. Om te kunnen nagaan of de in deze bijdrage onderzochte rechtsregels aan deze norm beantwoorden, dient onderscheid te worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van de werkgever en van de werknemer, en dient telkens een verdere opsplitsing te worden gemaakt tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid.

66. De aansprakelijkheid van de *werknemer* t.o.v. zijn *werkgever*, die in beginsel van *contractuele aard* is³⁰⁵, heeft door de inwerkingtreding van artikel 18 van de Arbeids-overeenkomstenwet van 3 juli 1978 nagenoeg geen wijzigingen ondergaan. Sinds de wet van 21 november 1969 gold immers reeds de van dwingend recht zijnde regeling dat een werknemer die bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst aan zijn werkgever schade berokkent, hiervoor slechts aansprakelijk kan worden gesteld indien hij een opzettelijke fout, een zware fout of een bij hem gewoonlijk voorkomende lichte fout had begaan³⁰⁶. Gelet op de economisch zwakkere positie en op de juridische ondergeschiktheid van de werknemer t.o.v. zijn werkgever³⁰⁷, is het maatschappelijk verantwoord dat de eerstgenoemde slechts onder beperkende voorwaarden tegenover de tweede aansprakelijk kan worden gesteld, en dat van deze regeling principieel niet kan worden afgeweken in het nadeel van de werknemer.

Bij de beoordeling van de *buitencontractuele aansprakelijkheid* van de *werknemer* t.o.v. *derden* moet ook rekening worden gehouden met het belang van het onschuldige slachtoffer dat zijn schade vergoed wenst te zien. In de praktijk zal de benadeelde de werknemer-aangestelde meestal slechts persoonlijk aansprakelijk stellen in het geval hij van de werkgever-aansteller geen schadeloosstelling kan krijgen wegens diens insolabiliteit of staat van faillissement. Hoe dan ook, er lijkt mij hier geen enkele redelijke verantwoording te zijn om het belang van het onschuldige slachtoffer op te offeren aan dat van de werknemer, wat de wetgever met de Arbeids-overeenkomstenwet van 1978 wel heeft gedaan door de werknemers van aansprakelijkheid vrij te stellen wanneer dezen bij de uitvoering van hun arbeidsovereenkomst aan derden schade berokkenen door een toevallige lichte fout. In dit verband is het nuttig erop te wijzen dat in geen enkel van de ons omringende landen de werknemers zulke civielrechtelijke immuniteit genieten voor de aanspraken van derden aan wie

zij bij de uitvoering van hun arbeidsovereenkomst schade hebben berokkend³⁰⁸.

De met elkaar strijdige belangen van het onschuldige slachtoffer en van de schadeveroorzakende werknemer zouden kunnen worden verzoend door, zoals tijdens de parlementaire besprekingen al was voorgesteld³⁰⁹, de aansprakelijkheid van de werkgever-aansteller voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden verplicht door een verzekering te laten dekken³¹⁰. Op die wijze zou het slachtoffer de nodige waarborgen hebben voor de vergoeding van zijn schade. De idee van de bescherming van de werknemer zou hieraan gemakkelijk kunnen worden vastgekoppeld door aan de verzekeraars de verplichting op te leggen afstand te doen van hun regresrecht tegen de aangestelden van hun verzekeren, behalve bij een opzettelijke en bij een zware fout³¹¹.

Een ander punt van kritiek op artikel 18 van de Arbeids-overeenkomstenwet is dat het op het vlak van de buitencontractuele aansprakelijkheid een als discriminatoir overkomend onderscheid maakt tussen de werknemers die aan het toepassingsgebied van de Arbeids-overeenkomstenwet zijn onderworpen en een aantal andere categorieën van de bevolking die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, zoals de «organen» van publiekrechtelijke rechtspersonen. Er kan geen redelijke verantwoording worden gegeven waarom de eerstgenoemden bij de uitvoering van hun arbeidsprestatie aan de gemeenrechtelijke regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid zijn onttrokken en de anderen niet. Hetzelfde geldt voor de verschillende aansprakelijkheidsregelingen voor de leerkrachten van het officieel en die van het vrij gesubsidieerd onderwijs³¹².

Een laatste punt van kritiek op artikel 18 van de Arbeids-overeenkomstenwet, is dat het een aantal technisch-juridische moeilijkheden oplevert, zoals de vraag naar de toepasselijkheid op de gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid van de artikelen 1384 tot 1386 B.W.³¹³. Sommige van deze problemen hadden kunnen worden vermeden indien de wetgever er rekening mee had gehouden dat het invoeren van een nieuwe aansprakelijkheidsnorm in het hele rechtssysteem, en in het bijzonder in burgerlijk aansprakelijkheidsrecht, dient te worden ingepast³¹⁴.

67. Dat een *werkgever*, als contractuele schuldenaar, t.o.v. zijn *medecontractant* aansprakelijk is voor de aan zijn *hulpverleners*, in het bijzonder aangestelden, te wijten foutieve niet-nakoming van zijn verbintenissen, is redelijk t.a.v. die schuldeiser. Als een contractuele schuldenaar

³⁰⁸ Zie OLDENHUIS, F.T., o.c., 68-69, nr. 46, evenals p. 151; *contra*: ZWITSER, R., «De buitencontractuele aansprakelijkheid van de ondergeschikte», *W.P.N.R.*, 1986, nr. 5799, p. 604-606.

³⁰⁹ Zie het niet-aangenomen amendement van PÉRIN, F., bij het «wetsontwerp tot aanvulling en wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. St., Kamer*, 1968-69, nr. 270/8.

³¹⁰ DALCQ, R.O., o.c., *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.040/2; FAGNART, J.L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, 84, nr. 104; zie ook OLDENHUIS, F.T., o.c., 68-69, nr. 46.

³¹¹ FAGNART, J.-L., *ibid.*

³¹² Zie *supra*, nrs. 29-30, en de verwijzingen aldaar.

³¹³ Zie daarvoor *supra*, nrs. 26-27 en 30, evenals de verwijzingen aldaar.

³¹⁴ DALCQ, R.O., o.c., *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.040/2.

³⁰⁴ Zie *supra*, nrs. 4 en 47, evenals de verwijzingen aldaar.

³⁰⁵ Zie *supra*, nr. 3, en de verwijzingen aldaar.

³⁰⁶ Zie daarover *supra*, nrs. 11-21, en de verwijzingen aldaar.

³⁰⁷ Zie daarover o.m. RAUWS, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 27-28.

voor de nakoming van zijn verbintenissen een beroep doet op aangestelden en andere uitvoeringsagenten, dient hij voor de aan deze hulppersonen te wijten contractuele wanprestatie aansprakelijk te zijn volgens dezelfde normen als gold het zijn eigen contractuele wanprestatie. Als dit principe niet zou gelden, zou de schuldenaar er immers belang bij hebben de verbintenis niet zelf uit te voeren en het risico van deze uitvoering op de schuldeiser af te wentelen, wat in strijd is met het beginsel dat een schuldenaar geen andere persoon in zijn plaats aan de schuldeiser mag opdringen, zonder het akkoord van deze laatste. Bovendien beantwoordt de genoemde aansprakelijkheidsregel aan een sociaal-economische noodzaak, nu de overgrote meerderheid van ondernemingen de uitvoering van hun verbintenissen aan aangestelden en andere uitvoeringsagenten toevertrouwen³¹⁵.

Vanuit sociaal-economisch oogpunt is het ook redelijk en verantwoord dat een *werkgever-aansteller* t.o.v. *derden*

aansprakelijk is voor de schade die zijn werknemers-aangestelden in de uitoefening van hun functie op onrechtmatige wijze hebben toegebracht. Dit principe van artikel 1384, derde lid, B.W. zal wel door iedereen kunnen worden onderschreven, op welke juridische grondslag men deze regel ook baseert³¹⁶. Wel vatbaar voor kritiek is de veel te extensieve wijze waarop de meerderheid van de rechtspraak en een deel van de rechtsleer het begrip «in de bediening» in deze wetsbepaling hebben geïnterpreteerd. Dit leidt immers tot een onverantwoord verregaande aansprakelijkheid van de aansteller, die thans ook dient in te staan voor het misbruik van functie door zijn aangestelde begaan. Naar het voorbeeld van het Franse Hof van Cassatie zou ook bij ons het verband tussen de onrechtmatige daad van de aangestelde en de opdracht die hem werd toevertrouwd, strikter moeten worden opgevat³¹⁷.

A. VAN OEVELEN

³¹⁵ Zie over dit alles *supra*, nrs. 39-45, en de verwijzingen aldaar.

³¹⁶ Zie daarover *supra*, nr. 50, en de verwijzingen aldaar.

³¹⁷ Zie daarover *supra*, nr. 61, en de verwijzingen aldaar.

DE AANSPRAKELIJKHEID VAN STATEN VOOR INBREUKEN OP HUN INTERNATIONALE VERPLICHTINGEN

INLEIDING

1. Het terrein dat bestreken wordt door de aansprakelijkheid van Staten voor inbreuken op hun internationale verplichtingen, is bijzonder breed. Té breed om uitvoerig te behandelen in een preadvies. Ik zal mij dan ook moeten beperken tot een voor sommige wellicht arbitraire keuze van onderwerpen die binnen de sfeer van de staatsaansprakelijkheid (state responsibility-responsabilité internationale) thuishoren.

Eerst zal ik pogen een referentiekader te schetsen waarin zo verscheiden fenomenen als de klassieke leer van de staatsaansprakelijkheid in het volkenrecht als de directe werking van het Europees Gemeenschapsrecht terug te plaatsen zijn, om aldus een beeld te geven van wat ik zou willen noemen de staatsaansprakelijkheid *sensu lato*.

Dit referentiekader geeft me ook de mogelijkheid in het vervolg van het preadvies minder rigoureus vast te houden aan de systematische opbouw van het betoog.

Deze systematische opbouw is overigens niet eenvoudig te construeren. Je zou dit kunnen doen aan de hand van de procedures, enerzijds dus procedures met rechtstreekse toegang tot de rechtsmacht, en anderzijds de rechtstreekse werking van de rechtsregels die wordt ingeroepen voor de nationale hoven en rechtbanken. Alleen is het voorwerp van de betwisting dikwijls gelijklopend; waarom dan deze opbouw tenzij om de procedures zelf te beschrijven en deze moeten in het bestek van dit preadvies grotendeels als gekend worden verondersteld.

Je zou ook rigoureus het onderscheid kunnen handhaven tussen volkenrecht, Europees Gemeenschapsrecht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).

Maar voor het Europees Gemeenschapsrecht en het EVRM-Verdrag zijn de gelijkenissen van dien aard dat herhalings schering en inslag zouden zijn.

2. Daarom heb ik geopteerd om enerzijds het volkenrecht te belichten, anderszijds het Europees Gemeenschapsrecht en het EVRM-Verdrag.

Ik geloof dat er tussen beide terreinen essentiële verschillen zijn.

De staatsaansprakelijkheid in het volkenrecht kent weinig - te weinig - toepassing maar bevindt zich conceptueel en materieel in een specifieke ontwikkelingsfase door enerzijds de werkzaamheden van de Internationaal Law Commission (ILC) werkzaam in het kader van de Verenigde Naties, en door anderzijds, nieuwe materiële gegevens zoals de ontwikkeling van nieuwe technologieën en de schaalvergroting die ervan uitgaat; en het vorm krijgen - althans op het niveau van de theoretische begrippen - van een nieuwe wereldorde.

Het begrip staatsaansprakelijkheid kent een nieuw elan in het Gemeenschapsrecht en in het EVRM. Systematisch wordt de interne rechtsorde onderworpen aan de nieuwe rechtsorden ingesteld door respectievelijk het Verdrag van Rome en het EVRM. Het terrein waarop dit gebeurt is voor het EVRM begrensd - de mensenrechten -, en dijt steeds verder uit voor het Europees Gemeenschapsrecht.

Dit betekent ook weer niet dat er geen raakpunten zouden zijn tussen enerzijds het volkenrecht, anderzijds het Europees Gemeenschapsrecht en het EVRM.

Zoals dit ook niet betekent dat er geen verschillen zouden zijn tussen het Europees Gemeenschapsrecht en het EVRM.

Het Europees Gemeenschapsrecht inspireert zich op een aantal punten aan het volkenrechtelijk gewoonterecht. Bovendien geldt onder bepaalde voorwaarden de directe werking zowel voor het verdragsrecht, als voor het EVRM en het Europees Gemeenschapsrecht.

(De directe werking zal om praktische redenen besproken worden in het deel gewijd aan de EEG- en EVRM-verdragen, maar hoort inderdaad ook voor een stuk thuis in het volkenrecht waar het een voorbeeld van individualisatie is.)

Zonder de verschillenpunten tussen het EVRM en het EEG-verdrag systematisch te willen behandelen, lijkt dit in eerste instantie een verschil in dimensie. De vervlechting tussen de Europese Gemeenschap en de lid-staten is dermate intens dat zij het midden houdt tussen een federale staat en een klassieke verdragsrechtelijke ordening van internationale betrekkingen.

I. POGING TOT TERREINAFBAKENING

3. De aansprakelijkheid is een van de basisbegrippen van het recht, zo oud als het recht zelf. De kern van het begrip omvat het kunnen aangesproken worden en gehouden zijn tot verantwoording en genoegdoening.

Sinds Aquilius in de derde eeuw voor Christus zijn naam gaf aan de beroemde wet, heeft zich in het burgerlijk recht een bijzonder uitgebreide praktijk van het begrip ontwikkeld die beantwoordt aan de meest subtiële nuances van het rechtsverkeer, en zich constant aanpast aan nieuwe maatschappelijke gegevens.

In het publiek recht heeft de notie slechts schoorvoetend ingang gevonden, parallel met het ontstaan van de moderne grondwetten in de 19e eeuw.

Hier werd het rechtsbegrip vertaald, enerzijds, in de politieke verantwoordelijkheid van de regering tegenover de volksvertegenwoordiging en van deze laatste tegenover het volk, anderzijds in de juridische aanspreekbaarheid van de staat en zijn organen voor de administratieve rechtscolleges, en de analoge toepassing van de burgerrechtelijke principes van de aansprakelijkheid op de overheid die in het

Belgisch recht ingang heeft gevonden sinds het Flandria-arrest¹.

4. Het begrip van de (staats) aansprakelijkheid is vanouds algemeen erkend in het volkenrecht. De speciale rapporteur van de International Law Commission, werkzaam in het kader van de Verenigde Naties, de Italiaan Ago, omschrijft het als volgt: «L'un des principes les plus profondément ancrés dans la doctrine du droit international, l'un des mieux confirmés par la pratique des Etats et par la jurisprudence, est le principe selon lequel tout comportement d'un Etat qualifié par le droit international de fait juridiquement illicite entraîne, en droit international, une responsabilité des Etats».²

Als klassieke verwijzing in de rechtsleer naar het principe van de staatsaansprakelijkheid geldt het arrest in de zaak *Usine de Chorzow*: «C'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer», en het arrest geeft meteen ook de oplossingen in rechte aan van de staatsaansprakelijkheid: «Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis».³

De omschrijving in dit klassieke arrest geeft niet alle elementen weer die de vergoeding van de geleden schade op heden bepalen, maar vormt wel het vertrekpunt van een omvangrijke doctrine en rechtspraak.

5. Het principe is gekend en aanvaard. Doctrine is overvloedig aanwezig en ook in de rechtspraak ontbreken de referentiepunten niet. Maar de praktijk, de invloed die het rechtsbegrip en de tenuitvoerlegging ervan heeft in de internationale betrekkingen laat veel te wensen over.

De staatsaansprakelijkheid raakt aan de essentie van de soevereiniteit. In zaken met een politieke ondertoon verkiezen de staten de gerezen geschillen op discrete, diplomatieke manier op te lossen, indien ze dat al wensen, zich daarbij naar vrije keuze aldan niet inspirerend aan het volkenrecht in het algemeen, en de staatsaansprakelijkheid in het bijzonder.

Tekenend in dit verband is bv. de verklaring van de VS voor het Internationaal Hof van Justitie, nadat het Hof op 26 november 1984 de zaak door Nicaragua ingeleid tegen de VS wegens het leggen van mijnen voor de kust van Nicaragua ontvankelijk had verklaard⁴, dat het niet verder zijn verplichtende rechtspraak erkende. In die zelfde verklaring had de VS er zich op beroemd een van de 44 op 159 staten te zijn die de verplichtende rechtspraak van het Hof aanvaardden. Maar één proces waarin de kans op politiek ge-

zichtsverlies groot is, volstaat blijkbaar om de deur dicht te klappen⁵.

6. Nochtans werd vanaf 1949 en meer in het bijzonder vanaf 1962 in de schoot van de Verenigde Naties een indrukwekkende poging ondernomen om te komen tot de codificatie van het recht in verband met de staatsaansprakelijkheid.

In 1962 werd de Italiaanse volkenrechtsspecialist Ago aangeduid als speciaal verslaggever over de staatsaansprakelijkheid, in opvolging van de Cubaan Garcia Amador, die niet tot tastbare resultaten was gekomen.

Kenmerkend voor de benadering van Ago (en die van de ILC) is de opsplitsing in zogenaamde primaire en secundaire normen. De primaire normen betreffen de verplichtingen die op staten rusten (bv. non-agressie beginsel, due diligence, gedrag ten opzichte van vreemdelingen, ...), terwijl de secundaire normen de mechanismen van de staatsaansprakelijkheid behelzen (de principes, de toerekenbaarheid van een daad aan een staat (Act of State), soorten inbreuken (onrechtmatige daden, volkenrechtelijke misdaden), tenuitvoerlegging).

Het rigoreus aanhouden van deze systematiek heeft ongetwijfeld tot op een bepaald punt de werkzaamheden vooruit geholpen maar leidt soms tot eigenaardige gedachtenkronkels. (zie nrs. 25-32).

Tevens werd het onderwerp beperkt tot staten, en tot volkenrechtelijk onrechtmatige daden (internationally wrongful acts), wat dit laatste betreft althans in een eerste fase.

In 1980, tijdens zijn 32e zitting, kon de ILC een eerste serie van 35 aanvaarde artikels presenteren die de omschrijving van het begrip volkenrechtelijk onrechtmatige daad inhouden⁶.

In een tweede fase bespreekt de ILC de gevolgen van de onrechtmatige daad, maar vooralsnog werden slechts de eerste 5 artikelen aangenomen.⁷

Ook het rapport over de tenuitvoerlegging (implementation) ligt voor, van de hand van prof. Riphagen, die Ago in 1980 opvolgde als speciaal rapporteur.

7. Door het ILC werden ook heel wat nieuwe en soms controversiële problemen aangesneden, zoals het onderscheid tussen een internationaal misdrijf en de internationale misdaad; of nog de aansprakelijkheid voor daden of handelingen die door het volkenrecht niet verboden zijn (acts non prohibited by International Law), en die in eerste instantie door de ILC werden terzijde gelaten.

Deze laatste term is duister en kan tot verwarring aanleiding geven.⁸ In wezen gaat het hier over schade aan het milieu veroorzaakt door de menselijke activiteit en waarbij de gevolgen een andere dimensie hebben gekregen door de technologische stroomversnelling (bv. vreedzaam gebruik

¹ Cass., 5 januari 1920, *Pas.* 1920, I, 239.

² C.D.I., *Annuaire*, 1970, II, 191 e.v.

³ Cour Permanente de Justice Internationale, 13 september 1928, *Arrêts Série A*, nr. 17.

⁴ IHJ, 26 november 1984 (*Nicaragua vs United States of America*), *International Legal Materials*, 1986, 59 e.v.

⁵ United States statement on the withdrawal from the proceedings initiated by Nicaragua in the International Court of Justice, *International Legal Materials*, 1985, 249 e.v.

⁶ I.L.C., *Yearbook*, 1980, II

⁷ BROWNIE, I, *System of the law of Nations*, Ch. I, State responsibility, Oxford, 1983, 285

⁸ Zie ook BROWNIE, I, *o.c.*, 40

van kernenergie, grensoverschrijdende milieuvervuiling, vervuiling van de zeeën...⁹

8. Veel meer nog dan de aansprakelijkheid voor inbreuken op volkenrechtelijke verplichtingen is deze nieuwe categorie van daden waarop de staatsaansprakelijkheid wordt toegepast van praktisch belang. Men denke hier aan de ramp van Tsjernobyl.¹⁰

Maar ook hier moet men vaststellen dat de staatsaansprakelijkheid, en vooral de gevolgen ervan, meer dan eens worden terzijde geschoven. Het Verdrag van Genève van 13 november 1979 over de grensoverschrijdende luchtvervuiling op lange afstand bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat de verdragsluitende partijen de staatsaansprakelijkheid uitsluiten¹¹. Dit is meteen ook tekenend voor de geest waarin de staatsaansprakelijkheid benaderd wordt.

9. Op dit terrein van de transnationale milieuschade *sensu lato*, zoals ik dit gebied zou willen noemen, werden ontelbare verdragen gesloten, hetzij tussen individuele staten, hetzij in regionaal, dan wel mondiaal verband.

Ze zijn bijzonder divers, en er kan in het kader van dit preadvies onmogelijk op ingegaan worden. Kenmerkend is dat ze veelal een gedetailleerde beschrijving inhouden - maar zich daartoe dikwijls ook beperken -, van het gedrag in welbepaalde omstandigheden en aldus een concrete inhoud geven aan het principe van de due diligence (de waakzaamheid waartoe men is gehouden) in kwestieus geval. De aansprakelijkheid *sensu stricto*, namelijk het gehouden zijn tot genoegdoening en schadevergoeding, verdwijnt dikwijls op de achtergrond.

En case-study met betrekking tot de bestrijding van vervuiling van de zee van uw pre-adviseur leidde tot de vaststelling dat het netwerk van akkoorden die bovendien dikwijls zeer gedetailleerd zijn niet in staat is alle eventualiteiten te dekken die zich kunnen voordoen¹². Deze laatste bemerking, alsook het ordenen van de toepasselijke verdragen, verwijzen naar de wenselijkheid van een codificatie in het kader van de ILC.

10. Hier moet ook de vraag worden opgeworpen naar het statuut van de codificatie door de ILC. In welke verhouding staat ze tot het volkenrechtelijk gewoonterecht (*customary law*), dat zo een belangrijke rol speelt in de rechtspraak van het Internationaal Hof van Justitie? In welke verhouding staat ze tot het verdragsrecht? De aanneming van een artikel door de ILC maakt er niet ipso facto

⁹ In de termen van de speciale rapporteur van de I.L.C., QUENTIN-BAXTER: *environmental hazard, caused by human activity and magnified by modern industrial and technological needs and capacities I.L.C.*, Yearbook, 1980, II, 248.

¹⁰ KISS, A., *L'accident de Tchernobyl et ses conséquences au point de vue du droit international*, *Annuaire français de droit international*, 1985, 139-152.

¹¹ Bij art. 6 van bedoelde conventie is als voetnoot vermeld: «La présente convention ne contient pas de dispositions concernant la responsabilité des Etats de matière de dommages».

¹² Zie verslag DE GUCHT, namens de Commissie Juridische Zaken en Rechten van de Burger van het Europees Parlement over de Communautaire bevoegdheden op het gebied van het zeerecht en de bestrijding van de vervuiling van de zee, PE 102.446/def.

een volkenrechtelijke verplichting van. Daartoe zouden de bepalingen de vorm moeten aannemen van een verdrag of een codex geratificeerd door het vereiste aantal nationale staten. Vooralsnog is dit niet het geval hoewel het wel van in den beginne in de bedoeling heeft gelegen van de speciale rapporteur Ago dat een dergelijke processus zou worden gevolgd.

Maar zelfs in die veronderstelling zullen de gecodificeerde rechtsregels en het gewoonterecht naast mekaar blijven bestaan. Een codificatie heeft tot doel algemene principes te definiëren die voor hun toepassing op concrete gevallen nood hebben aan explicitering. Parafraserend zou men kunnen stellen dat de codificatie beoogt de artikelen 1382 e.v. BW. van de staatsaansprakelijkheid uit te schrijven. Maar zoals er bibliotheken bestaan over art. 1382 e.v. BW. is en zal dit ook het geval zijn en blijven voor de staatsaansprakelijkheid. In regel zal het gewoonterecht dat strijdig is met de volkenrechtelijke aanvaarde principes van de codificatie dan wel terzijde moeten worden gelaten. De dikwijls complexe verhouding tussen abstracte principes en een concreet geval maken dit tot een mooie kluit voor de case law¹³.

11. De problematiek van de aansprakelijkheid van staten voor hun inbreuken op internationale verplichtingen overstijgt echter de klassieke volkenrechtelijke staatsaansprakelijkheid.

Bij de klassieke volkenrechtelijke staatsaansprakelijkheid blijft de interne rechtsorde van de staat ongemoeid. Eventueel kan de restitutio in integrum door een wijziging van de wet die, of het vernietigen van een vonnis dat indruiste tegen de internationale verplichtingen *post factum* de interne rechtsorde verontrusten, maar de procesvoering gebeurt tussen twee (of meer) soevereine staten die hun interne rechtsorde (als behorend tot die soevereiniteit) niet ter discussie stellen.

De partijen in de klassieke volkenrechtelijke staatsaansprakelijkheid zijn enkel staten. Zij oefenen daarbij eigen rechten uit, en niet bv. deze van hun onderdanen die in een derde staat arbitrair behandeld zijn. Het individu is als rechtssubject onbestaand.

12. Binnen onze rechtssfeer plaatsen de Verdragen van Rome de staatsaansprakelijkheid in een totaal nieuw daglicht. Gefundeerd op de Bundestreue vervat in art. 5 van het EEG-Verdrag geven de procedures wegens verdragsinbreuk ex art. 169 en art. 170 EEG binnen de verhouding lid-staat- Europese Gemeenschap uiting aan de staatsaansprakelijkheid *sensu stricto*.

13. Hoewel de bepalingen van het Verdrag van Rome op dit punt voortbouwen op het gewoonterecht van de staatsaansprakelijkheid, vertonen zijn toch essentiële verschillen met de volkenrechtelijke benadering van het rechtsbegrip.

Waar de staatsaansprakelijkheid in het volkenrecht de soevereiniteit van de nationale staten rigoureus respecteert - men denke daarbij aan de opslorping van het foutbegrip in het stellen zelf van de onrechtmatige daad (zie nr. 28),

¹³ Zie over de problematiek van codificatie BROWNLIE, I, o.c., ch. II: the question of codification.

het vrijwillige karakter van de rechtspraak van het Internationaal Hof van Justitie, de mogelijkheid de genoegdoening door billijke schadevergoeding te vervangen, - strekt het begrip in het kader van het Europees Gemeenschapsrecht er juist toe erop toe te zien dat de overdracht van souvereiniteit door de lid-staten aan de Europese instellingen niet in het gedrang wordt gebracht.

14. De procedure wegens verdragsinbreuk in het kader van het Europees Gemeenschapsrecht benadert de klassieke staatsaansprakelijkheid nog het meest waar het gedingvoerende partijen betreft - namelijk staten of internationale organisaties -; in casu voor art. 169 EEG lid-staten, voor art. 170 EEG enerzijds één of meer lid-staten anderszijds de Europese Gemeenschap, optredend door haar Commissie.

15. Een vergelijkbare procedure wegens verdragsinbreuk vinden we terug in de Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (art. 24).¹⁴ In het kader van dit artikel van het EVRM zijn de gedingvoerende partijen uitsluitend staten.

16. In beide gevallen onderwerpt de nationale staat zijn interne rechtsorde aan toetsing aan een hogere rechtsorde, respectievelijk deze ingesteld door de Verdragen van Rome en deze ingesteld door het EVRM. Op dit punt vertonen beide procedures dan ook sterke gelijkenissen. Bij het EVRM heeft de nationale staat (in de termen van het EVRM «Hoge verdragsluitende partij»), de mogelijkheid zijn graad van rekenplichtigheid te nuanceren door bv. zijn engagement te beperken tot een ad hoc toetreding.

In het EEG-Verdrag bestaan deze uitwijkingsmogelijkheden niet. Door de enkele toetreding onderwerpt de lid-staat zich aan de Europese rechtsorde, en aan alle eisen die deze stelt aan de interne rechtsorde.

17. Anderszijds gaat het EVRM verder in de mate dat de mogelijkheid tot rechtstreekse toegang van individuen, organisaties of groepen van particulieren aanwezig is, voor zover de staat waartegen de klacht is ingediend daarin heeft toegestemd (art. 25, par. 1, EVRM).¹⁵

De rechtstreekse toegang tot het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HJEG) voor particulieren en rechtspersonen is bij het EEG-Verdrag de uitzondering. In

het EGKS-Verdrag waar de nadruk sterker ligt op de directe verhouding tussen het rechtssubject (particulier of bedrijf) en de EGKS-instellingen is de rechtstreekse toegang ruimer. In de mate dat rechtstreekse toegang wordt verleend treden fysische personen en rechtspersonen op als rechtssubject in procedures houdende staatsaansprakelijkheid, wat ten opzichte van het klassieke volkenrecht een verregaande innovatie is.

18. Het principe van de primauteit van het internationale recht en vooral de directe werking ervan onder welbepaalde omstandigheden heeft aan de aansprakelijkheid van Staten een totaal nieuwe dimensie toegevoegd. Rechtstreekse werking maakt immers dat de «vreemde» rechtsorde binnendringt in de interne rechtsorde en deze haar eisen oplegt. Rechtstreekse werking maakt ook dat ieder rechtssubject de toepassing van de internationale norm boven de nationale rechtsnorm kan invoeren voor de nationale hoven en rechtbanken. Aldus leidt de rechtstreekse werking tot een vervlechting van de boven-staatse en interne rechtsorde; hetzij het internationaal verdragsrecht, de rechtsorde ingesteld door het EVRM, of het Europees Gemeenschapsrecht, respectievelijk versus de nationale rechtsorde.

Deze vervlechting is vooralsnog occasioneel wat betreft het verdragsrecht, neemt belangwekkende vormen aan voor wat het EVRM betreft¹⁶, en is bijzonder veelvuldig voor het Europees Gemeenschapsrecht, in de mate dat hier terecht kan gesproken worden van gemeenschappelijk intern recht van de lid-staten. De procedure van prejudiciële vragen aan het HJEG ex art. 177 EEG heeft aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorden een zeer bijzondere dimensie verleend en heeft ook gemaakt dat individuen en rechtspersonen hun lidstaat kunnen ter verantwoording roepen. Materieel is dit wellicht de belangrijkste toepassing van de staatsaansprakelijkheid *sensu lato*.

Hier wordt trouwens het begrip aansprakelijkheid terruggebracht tot zijn primitieve betekenis, nl. het kunnen aangesproken worden.

19. Hoewel buiten beschouwing gelaten door de ILC-codificatie, kent de staatsaansprakelijkheid ook toepassing ten opzichte van internationale organisaties. Binnen het bestek van dit preadvies kan hierop niet ingegaan worden. Alleen moet verwezen worden naar art. 215 EEG dat in de contractuele en buiten contractuele aansprakelijkheid van de Europese Gemeenschap expliciet voorziet.¹⁷

¹⁴ Art. 24 EVRM: Iedere Hogere Verdragsluitende partij kan door tussenkomst van de secretaris-generaal van de Raad van Europa, elke vermeende niet-nakoming van de bepaling van dit verdrag door een andere Hoge Verdragsluitende partij bij de Commissie aanhangig maken”.

¹⁵ Art. 25 par. 1 EVRM: De Commissie kan verzoekschriften gericht tot de secretaris-generaal van de Raad van Europa ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere (andere dan een regerings-)organisatie of iedere groep van particulieren, welke beweert het slachtoffer te zijn van schending door een der Hoge Verdragsluitende partijen van de rechten welke in dit Verdrag zijn vermeld, mits de Hoge Verdragsluitende partij tegen wie de klacht is ingediend, heeft verklaard, dat zij de bevoegdheden voor de Commissie om dergelijke verzoekschriften te ontvangen, erkent. De Hoge Verdragsluitende partijen die een dergelijke verklaring hebben afgelegd, verbinden zich door geen enkele maatregel de doeltreffende uitoefening van dat recht te belemmeren.

¹⁶ Zie DE MEYER, Toepassing van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens in België, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985. GRIMONPREZ, K., Het Hof van Cassatie, en vijfentwintig jaren EVRM, *RW* 1981-1982, 2657-2674.

¹⁷ Zie ook COUZINET, JF, : La faute dans le régime de la responsabilité non-contractuelle des communautés européennes, *Revue trimestrielle de droit Européen*, n° 3, 1986, 267-290; LYSÉN, G., Three questions on the non-contractual liability of the EEC, *Legal Issues of European Integration* nr. 2, 1985, 86-120; PETERSMAN, E., International and European foreign trade law: GATT dispute settlement proceedings against the EEC, *Common Market Law Review*, v1 XXII, 1985, 441-487.

20. Men kan ook de verhouding tussen centrale staat en federale staten bestuderen vanuit het oogpunt van de staatsaansprakelijkheid. Dit valt buiten ons aandachtsterrein; in algemene termen moet worden opgemerkt dat de verhoudingen tussen de centrale staat en de federale staten dermate specifiek zijn dat een toepassing van de theorie van de staatsaansprakelijkheid slechts als bijkomstige inspiratiebron kan gelden.¹⁸

21. In een aantal internationale verdragen en internationale organisaties die eruit voortvloeien zijn supervisiemechanismen ingebouwd. Zo in sommige VN-organen (bv. de VN-mensenrechtencommissie¹⁹); in gespecialiseerde organisaties van de VN (bv. FAO); en in regionale organisaties (Benelux, OESO²⁰). De precieze aard van de opgelegde verplichtingen zouden van dichterbij moeten worden bekeken, maar veelal geven deze supervisiemechanismen geen aanleiding tot staatsaansprakelijkheid.

22. De staatsaansprakelijkheid *sensu lato* bestrijkt dus zeer verscheiden terreinen. Ruimtelijk dekt zij mondiaal, regionaal, en enkel tussen welbepaalde staten geldende verplichtingen.

De gradatie in de verplichtingen gaat van absolute aansprakelijkheid²¹, over objectieve aansprakelijkheid (strict liability - objective responsibility), naar het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsbegrip, om uit te monden in het ondergeschikt zijn aan een hogere rechtsorde en het gehouden zijn tot een welbepaald gedrag. Wanneer het niet ontplooiën van dit gedrag niet kan worden gesanctioneerd, kan nog moeilijk van aansprakelijkheid gesproken worden.

De potentieel aansprakelijke partij kan een staat zijn of een internationale organisatie. De klachtdoende partij kan eveneens een staat of een internationale organisatie zijn, maar in bepaalde gevallen eveneens fysische personen of rechtspersonen.

II. DE STAATSAANSPRAKELIJKHEID IN HET VOLKENRECHT

23. Artikel 3 van het ontwerp van codificatie goedgekeurd door de ILC luidt:

«Elements of an internationally wrongful act of State, there is an internationally wrongful act of State when:

- a) conduct consisting of an action or omission is attributable to the State under international law; and
- b) that conduct constitutes a breach of an international obligation of the State.»

¹⁸ Zie o.a. ERGEC, R., *Le droit international et les conflits au sein de l'Etat fédéral*, *Revue de droit international et de droit comparé*, IV, 1987, 333-366.

¹⁹ Zie bv. MARIE, J.B. *La pratique de la commission des Droits de l'Homme de l'ONU en matière de violation des Droits de l'Homme*.

²⁰ Zie o.a. AUDRETSCH, H., *Supervision in the EEG, OECD and Benelux - A difference in degree, but also in kind*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. XXXVI, 1987, 839-855.

²¹ In de Conventie voor Internationale aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door ruimtetuigen, van 29 maart 1972. (zie tekst par. 32)

Het lijkt ons logischer eerst de aard van de inbreuk te specificeren en pas dan te beschrijven wanneer deze inbreuk aan een staat kan worden toegeschreven.

24. a) Een eerste constitutief element is dus de inbreuk op volkenrechtelijke verplichtingen, hetzij door het stellen van daden en handelingen die indruisen tegen deze verplichtingen, hetzij door het niet uitvoeren van deze verplichtingen (objectief element van de staatsaansprakelijkheid).

De volkenrechtelijke verplichting moet gelden tussen partijen, m.a.w. tussen de betrokken staten. Dit veronderstelt een verdrag (dan spreekt men van conventionele aansprakelijkheid) of geldend gewoonterecht (dan spreekt men van delictuele aansprakelijkheid). De aansprakelijkheid verschilt evenwel niet naargelang de bron van de verplichtingen.²²

25. Nergens is hier sprake van het schadebegrip, zo kenmerkend voor de buiten contractuele aansprakelijkheid. Dat de schade niet weerhouden wordt als afzonderlijk element betekent niet dat het schadebegrip volkomen vreemd is aan de staatsaansprakelijkheid. Elke inbreuk op een internationale verplichting wordt evenwel verondersteld een zekere vorm van schade voor de tegenpartij met zich mee te brengen.²³ Daar de schade inherent is, kan zij niet weerhouden worden als een afzonderlijk constitutief element.

26. Daarbij moet niet gedacht worden in louter materiële of zelfs morele termen. Zo kan een Staat gekrenkt worden in zijn eer (en of!) of kan de internationale gemeenschap geschaad worden in zijn gerechtvaardigd belang in internationale vrede en veiligheid. De ILC introduceert het concept van de «legal damage». De schade bestaat in het gekrenkt zijn in zijn rechten in hoofde van de Staat.

Tanzi²⁴ omschrijft het als volgt: *Since to any international obligation of one State corresponds a subjective right of another, legal damage should be defined as the mere infringement of a legal right of a subject of international law».*

Het niet opduiken van schade als afzonderlijk constitutief element verbergt dus in wezen bij de ILC een uitbreiding van het schadebegrip, dat uitstijgt boven de morele schade *sensu stricto*.

27. Gevreesd moet worden dat deze logica die aan het juridisme grenst geen stand houdt voor de aansprakelijkheid voor transnationale milieuschade. (Acts non prohibited by international law).

Kan men bij de gevolgen van een kernramp ten gevolge van vreedzaam gebruik van kernenergie bv. nog volhouden dat het schade element opgesloten zit in de internationale

²² ROUSSEAU, *Droit International Public*, V, Chap. II *fondement juridique de la responsabilité internationale* 1983, 12.

²³ In de termen voor ILC: «Any breach of an obligation towards another state involves some kind of 'injury' to that other state» ILC, *yearbook* 1973, vol II, 183.

²⁴ Zie TANZI, A., *Is damage a strict condition for the existence of an internationally wrongful act*, in *United Nations codification of state responsibility*, ed. Spinedi, & M., Sinna, B., New York, 1987, 8.

verplichting, die er essentieel een is van due diligence, waar zoals uit het verdragsrecht blijkt juist het optreden van schade aanleiding geeft tot aansprakelijkheid?²⁵ En waar het inderdaad zo is dat de ILC in eerste instantie zijn werkzaamheden heeft beperkt tot internationally wrongful acts, ziet men toch niet goed in waarom het dienstig is de fout weg te schrijven uit de definitie van de staatsaansprakelijkheid daar dit geen enkel aanwijsbaar belang dient, en dit in een latere fase aanleiding kan geven tot subsystemen, wat de ILC juist wil vermijden.

28. b) Een tweede constitutief element vormt de toerekenbaarheid van de daad aan de Staat. (subjectief element van de staatsaansprakelijkheid). Ook hier verdwijnt een traditioneel element van de aansprakelijkheid, nl. de fout, uit de definitie.

De klassieke theorie die teruggaat op Grotius, en verder ontwikkeld werd door Vattel hechtte groot belang aan de fout als constitutief element van de staatsaansprakelijkheid. Maar ook in recente tijden maakten gezaghebbende auteurs er een hoeksteen van hun theoretische denken van, zo Lauterpacht.²⁶

De doctrine is thans duidelijk in overwegende mate aanhanger van een autonome fundering van de staatsaansprakelijkheid, los van het foutbegrip. De regel van het volkenrecht of de bepaling van het verdrag waaraan de Staat zich moet houden, houdt ook de aard van de verplichtingen in. Het is de inbreuk daartegen m.a.w. tegen de rechtsregel inclusief de inherente daaruit voortvloeiende verplichtingen, die een constitutief element van de staatsaansprakelijkheid uitmaakt. Een algemeen concept zoals het foutbegrip zou slechts een kunstmatig transformeren van burgerrechtelijke begrippen op het interstatenrecht betekenen.

Brownlie omschrijft het als volgt:²⁷ «It follows from these propositions that the degree of advertence on the part of state officials - the content of the particular duty - will depend not upon a general principle but upon the precise formulation of each obligation of international law».

De ILC heeft in zijn werkzaamheden eenzelfde principe aangekleefd. Dit weerspiegelt zich in het onderscheid tussen primaire en secundaire normen, waarbij elke primaire norm de precieze aard aangeeft van de op de Staat rustende verplichtingen.

29. In de latere werkzaamheden van de ILC is het echter moeilijk gebleken het begrip fout zonder meer te weren. De artt. 29 tot en met 34 van het door de ILC aanvaarde ontwerp van deel I, bevatten de «omstandigheden die de onrechtmatigheid uitsluiten», en introduceren indirect opnieuw het foutbegrip, zij het door de omstandigheden aan te geven waar het afwezig is, en waarbij deze afwezigheid rechtsgevolgen sorteert.

²⁵ JIMENEZ DE ARECHAGA «The international Law in the past third of the century, chap. X, International Responsibility, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1978, 268.

²⁶ LAUTERPACHT, H., Private law sources and Analogies of International Law, 1927, 134-143.

²⁷ BROWNLIE, I, o.c., 40, zie ook ROUSSEAU, Droit International Public, deel V, hfdst. 2: fondement juridique de la responsabilité internationale, 1983, p. 12.

30. Maar ook de doctrine en de rechtspraktijk slagen er niet in reminiscenties aan het foutbegrip volledig uit te bannen.

Wat bijvoorbeeld wanneer de inbreuk op een regel van het volkenrecht te wijten is aan een gebrek aan waakzaamheid? Rechtsleer en rechtspraak hebben vanuit deze reflectie de regel van de «due diligence» ontwikkeld, de waakzaamheidsplicht van de Staten. Het veelvuldig gebruik ervan in rechterlijke uitspraken maakt dat hij tot het volkenrechtelijk gewoonterecht is gaan behoren als autonome rechtsregel. De inbreuk erop maakt de staat aansprakelijk.²⁸

Maar in hoeverre is het begrip van de due diligence niet minstens gedeeltelijk een sublimatie van het foutbegrip?

31. Wil het uitbannen van het foutbegrip nu betekenen dat we moeten spreken van absolute aansprakelijkheid, of zelfs van aansprakelijkheid op basis van risico? Van risico-aansprakelijkheid kan slechts sprake zijn in welbepaalde omstandigheden, wanneer dit uitdrukkelijk bepaald is in internationale verdragen, maar geenszins als algemene regel, zelfs niet voor welbepaalde activiteiten. Men denke hier aan de zogenaamde ultra hazardous activities. Het schoolvoorbeeld van risico-aansprakelijkheid in het verdragsrecht is de «Convention on international liability for damage caused by space objects», van 29 maart 1972, waarin de staat die het ruimtetuig gelanceerd heeft absoluut aansprakelijk is (absolutely liable) voor alle veroorzaakte schade. In verdere verdragen die betrekking hebben op het gebruik van kernenergie, milieuvervuiling enz. werd nooit meer dergelijke stringente bepaling opgenomen. Wel interessante. De tendens is eerder het hoofdstuk staatsaansprakelijkheid onaangeroerd te laten. Wanneer de staatsaansprakelijkheid wel wordt behandeld is dit binnen het kader van de due diligence en voor zover schade is opgetreden.

32. De benadering dat de fout zit opgesloten in de primaire norm, tenzij bepaalde omstandigheden de voltrekking van het objectief element van de staatsaansprakelijkheid in de weg staan (artt. 29 t.e.m. 34 van deel I van het ontwerp van de ILC) heeft wel als belangrijk gevolg dat de facto de bewijslast wordt omgekeerd.

33. Staten treden fysisch op door middel van organen. En meteen rijst de vraag wie of welk orgaan vermag de staatsaansprakelijkheid te declencheren. Daarmee is het probleem gesteld van de toerekenbaarheid van een welbepaalde daad of van het nalaten te doen aan een volkenrechtelijk rechtssubject.

34. Het gewoonterecht heeft daarin steeds een brede opvatting gehuldigd. De ILC is zo mogelijk nog breder geweest in zijn omschrijving dan het geldende gewoonterecht. Waar de Haagse Codificatieconferentie (1930) nog een voorbehoudsclausule (clause de sauvegarde) inhield, wanneer uit het optreden zelf van een persoon overduidelijk bleek dat hij niet in zijn officiële functie optrad (en dus geen orgaan was), en m.a.w. de vreemdeling zich daarvan

²⁸ ROUSSEAU, *ibid*, 20-21

normalerwijze rekenschap had moeten geven, is dit niet hernomen in de huidige codificatie van de ILC.²⁹

Dit laat natuurlijk onverlet dat de Staat niet aansprakelijk kan worden gesteld voor het optreden als privé persoon van een orgaan, in casu een ambtenaar.

35. Het is algemeen aanvaard, en de ILC heeft dit overgenomen in zijn derde rapport³⁰ dat de rang van de ambtenaar, hoe gering ook, niet relevant is. Indien men trouwens de macht in situ van politieofficieren van lagere rang in het achterhoofd heeft, is dit niet meer dan logisch.

36. Hier ook moet worden verwezen naar art. 7, par. 2, van de bepalingen aangenomen in de schoot van de ILC³¹ dat de staat eveneens aansprakelijk stelt voor handelingen van instellingen of personen die, hoewel ze formeel geen orgaan van de Staat zijn, door de wet gemachtigd zijn bepaalde taken uit te voeren in naam van de Staat die normaal tot de taken van een Staat behoren³².

In art. 5 wordt nochtans vermeld dat het criterium dat moet worden aangehouden om uit te maken of iets of iemand al dan niet een orgaan is van de Staat, is «having that status under the international law». Dit sluit overigens aan bij doctrine en rechtspraak.³³

Maar de «internal order» is niet statisch en zeker niet in roerige tijden. Men denke daarbij aan privé milities die op de been gebracht worden door Staten.

Brownlie omschrijft het als volgt:³⁴ «Thus on many occasions what is an organ of the state is essentially a question of fact not related to the formal and regular tests provided by a Constitution, or other pre-existing local law. It is this question of fact which is to be set against the relevant principle of international law in order to establish responsibility»

In de tekst van de artikelen zoals aangenomen door de ILC werden dan ook aan het oorspronkelijke artikel 5 belangrijke specificaties toegevoegd (artt. 7, 8, 9, 10 en 11 deel I). Zij expliciteren als het ware de referentie naar het interne recht, leggen de link tussen de staatsmacht in rechte en in feite, dit laatste het ultieme criterium zijnde.

²⁹ In de termen van de codificatieconferentie van 1930: «international responsibility is, however, not incurred by a state if the official's lack of authority was so apparent that the foreigner should have been aware of it and, in consequence, have avoided the damage» geciteerd in SORESENSE, *Manuel of public international law* 550.

³⁰ I.L.C., Yearbook, 1971, II, 249-253

³¹ Report of the ILC on the work of the thirty-second session 5 may - 25 july 1980, G.A. O.R., 35e session, sup. nr. 10 (A/35/10) 59

³² Art. 7 par. 2 ILC-codificatie: The conduct of an organ of an entity which is not part of the formal structure of the State or of a territorial governmental entity, but which is empowered by the internal law of that State to exercise elements of the governmental authority, shall also be considered as an act of the State under international law, provided that organ was acting in the capacity in the case in question.

³³ EAGLETON, C., The responsibility of states in International law, 1928, 54.

³⁴ BROWNLIE, I., o.c., 136

37. De staatsaansprakelijkheid treft zowel de uitvoerende, wetgevende als rechterlijke macht. De scheiding van de machten doet hieraan geen afbreuk, meer bepaald met betrekking tot de rechterlijke macht. Jimenez de Aréchaga³⁵: «Although independent of the government, the judiciary is not independent of the State: the judgment given by a judicial authority emanates from an organ of the State in just the same way as a law promulgated by the legislature or a decision taken by the executive».

38. Dit rechtspunt is in België zeer recent in de belangstelling gekomen in het tweede cassatie-arrest De Cubber.³⁶ Bij arrest van het Europees Hof van de Rechten van de Mens van 26 oktober 1984 werd België schuldig bevonden aan de schending van art. 6.1. EVRM. Het Hof achtte het feit dat iemand die onderzoeksrechter is geweest in een dossier en achteraf zitting neemt als rechter bij de behandeling die een zaak ten gronde insnijdt in strijd is met de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter.

Het Hof van Cassatie had in een eerder arrest³⁷ beslist dat dit middel ingeroepen door De Cubber faalde naar recht omdat «noch art. 292 Ger. Wetb., noch enige andere wetsbepaling verbiedt aan de magistraat, die in een zaak het ambt van onderzoeksrechter heeft waargenomen, in deze zaak te zetelen als lid van de correctionele rechtbank.»

Een arrest van het EVRM dat een lid-staat veroordeelt schept voor deze de verplichting rechtsherstel te geven aan de benadeelde van de inbreuk op de staatsaansprakelijkheid en zo dit niet of slechts gedeeltelijk gebeurt, kent het Hof aan de getroffen rechtsonderhorige zo nodig een billijke genoegdoening toe (zie artt. 50 en 53 EVRM).

In een vorige aangelegenheid - de zaak Piersack³⁸ - had de regering art. 441 S.V.³⁹ aangewend om de getroffen partij rechtsherstel te geven. In de zaak De Cubber heeft het Hof van Cassatie bij arrest van 27 januari 1987 het verzoekschrift van de procureur-generaal in zeer korte en lapidaire termen onontvankelijk verklaard.

39. Het is vooral de motivatie in verband met de status die het Hof van Cassatie zichzelf toekent die verrast, en indruist tegen het stevig gevestigde gewoonterecht op dit punt. In zijn eerste overweging stelt het Hof van Cassatie dat het als «orgaan van de wetgevende macht zich niet vereenzelvigt met een van de in art. 50 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamen-

³⁵ JIMENEZ DE ARECHAGA, o.c., 278 in fine.

³⁶ Cass., 27 januari 1987, R.W., 1987-88, 150-152 met noot CRAENEN, G., Het tweede cassatiearrest De Cubber: een kleine uitspraak over een klein geval, R.W., 1987-1988, 145-150.

³⁷ Cass., 15 april 1980, A.C., 1979-1980, 1012

³⁸ EHRM, Piersack, 1 oktober 1982, serie A, vol 53; uitgevoerd door Cass., 18 mei 1983, A.C. 1982-1983, 517.

³⁹ Art. 441 Sv: Wanneer de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op vertoon van een uitdrukkelijk bevel, hem door de minister van Justitie gegeven, bij (de kamer die kennis neemt van het cassatieberoep in criminele, correctionele en politiezaken), aangifte doet van gerechtelijke akten, arresten of vonnissen worden vernietigd en de officieren van politie of de rechters kunnen, indien daartoe grond bestaat, vervolgd worden op de wijze bepaald in hoofdstuk III, titel IV van dit boek.

tele vrijheden vermelde verdragsluitende partijen, ten deze de Belgische Staat».

40. Het Hof van Cassatie verwacht hier zeer duidelijk zijn enerzijds rechtsprekende taak, waarin het op basis van het principe van de scheiding van de machten zonder meer totale onafhankelijkheid geniet; en anderszijds zijn status als orgaan van de Staat die maakt dat daden (in casu arresten) door het orgaan (in casu dus het Hof van Cassatie) gesteld en die indruisen tegen de bovenstaatsrechtsoorde (in casu het EVRM) de staatsaansprakelijkheid van die Staat (in casu België) meebrengen.

Als orgaan van die Staat heeft het op grond van de artt. 50 en 53 EVRM de plicht mee te werken aan de uitvoering, zeg het rechtsherstel van de getroffen partijen. De tussenkomst van het Hof van Cassatie in dit specifieke geval overstijgt zijn rechtsprekende taak. Het Hof treedt hier op als orgaan van de Staat dat een opgelopen veroordeling uitvoert. De overweging dat de voorziening op grond van art. 441 Sv slechts zou ontvankelijk zijn voor zover «het bestaan van de onwettigheid berust op feitelijke omstandigheden die na de verwerking van de voorziening zijn geopenbaard of ontdekt, die extensiek zijn aan de voordien voor het Hof van Cassatie gevoerde rechtspleging en waarvan het Hof derhalve op dat ogenblik geen kennis kon hebben», wijst erop dat het Hof inderdaad een en ander door mekaar haalt.

Het Hof moet inderdaad geen nieuwe beoordeling van de gestelde rechtsvragen geven, maar moet uitvoeren wat in recht reeds werd beslist en wel door een hogere rechtsmacht, met name door het EHRM. Zo ook beoogt de minister van Justitie door zijn verzoekschrift de rechterlijke macht niet - daartegen zou het Hof van Cassatie zich terecht moeten verzetten - maar vervult hij zijn specifieke taak in het kader van de artt. 50 en 53 EVRM.

De uitspraak is des te verbazender daar het Hof van Cassatie reeds voor het verzoekschrift van de procureur generaal zijn rechtspraak op het punt van de cumulatie van rechtsprekende functies had gewijzigd in de zin van het arrest van het EHRM⁴⁰. Bovendien had het reeds een procedure ex art. 441 Sv positief beantwoord⁴¹.

41. Het kwalijke gevolg van deze uitspraak is wel dat de Belgische Staat zich vooralsnog de mogelijkheid ontnomen ziet aan de getroffen partij rechtsherstel te geven. Het gebrek aan rechtsherstel kan wel aanleiding geven tot een «billijke genoegdoening» maar dit is een second best solution en wordt ook aldus beschouwd in het EVRM.

Men mag dan ook verhopend dat het Hof van Cassatie op deze verrassende uitspraak spoedig terugkomt; waarbij wel moet worden opgemerkt dat art. 441 Sv slechts een oplossing kan bieden in strafzaken en een zelfde problematiek zich b.v. ook in het sociaal recht of het burgerlijk recht kan voordoen. Een wetswijziging die een specifieke uitvoeringsprocedure voor arresten van het EHRM introduceert dringt zich dan ook op. Men kan de vraag stellen of het Arbitra-

gehof niet meer aangewezen is om in een dergelijke procedure op te treden, daar het toch werd geconcentreerd om bevoegdheidsterreinen af te bakenen en de veroordeling door het EHRM aangeeft dat een rechtsvraag in een foute rechtsorde werd gesitueerd door de Staat, hierbij eventueel optredend door zijn hoven en rechtbanken. Dit zou ook vermijden dat het Hof van Cassatie in eenzelfde zaak moet terugkomen op een vorige beslissing, wat dikwijls van aard is menselijke susceptibiliteiten op te roepen.

42. Volkenrechtelijk loopt de rechterlijke macht het gevaar van staatsaansprakelijkheid in drie onderscheiden gevallen:

- bij een rechterlijke beslissing klaarblijkelijk in strijd met het volkenrecht
- bij een rechterlijke beslissing klaarblijkelijk in strijd met het nationale recht (in zeer uitzonderlijke gevallen)
- bij rechtswegering (denial of justice, déni de justice)

In de twee eerste veronderstellingen moet het gaan om flagrante zaken. Het kan niet de bedoeling zijn dat internationale rechtscolleges een soort beroepskamer worden ten opzichte van nationale rechtscolleges. (let wel: in het volkenrecht).

Daar waar bij strijdigheid in het volkenrecht de klager een duidelijk bewijs moet aanbrengen van de inbreuk, is de vereiste bij strijdigheid met het nationale recht nog strakker. Niet alleen moet het gaan om flagrante feiten, maar bovendien moet de beslissing ingegeven zijn door kwade trouw en discriminerend zijn ten opzichte van de nationale onderdanen in gelijke omstandigheden. En hier komt dus de intentie, m.a.w. de fout in één van zijn aspecten, als zelfstandig constitutief element opnieuw om het hoekje kijken.

43. Deze vereisten zijn duidelijk getemperd in de regionale systemen, zoals het EVRM. Daar gaat de voorkeur juist naar het bovenstaatsniveau en moet het nationale niveau zich onderwerpen, niet alleen aan de tekst, maar ook aan de soms verstrekkende interpretatie van het instrument, in casu het EVRM. Een inbreuk moet niet flagrant zijn, maar gewoon bestaan; het internationale rechtscollege fungeert wel degelijk als ultieme beroepskamer; en het loutere bestaan van de inbreuk volstaat waarbij de eventuele kwade trouw buiten beschouwing blijft. Op grond van dit soort vaststellingen zou men zich de vraag kunnen stellen of de objectieve benadering van de ILC, die fout en schade wegdenkt, niet eerder overeenstemt met de geavanceerde instrumenten zoals het EVRM en het EEG-Verdrag, dan wel met het volkenrechtelijk gewoonterecht.

44. In de rechtsleer en rechtspraak gaat ongetwijfeld de meeste aandacht uit naar de rechtswegering (déni de justice). Rechtswegering is een van die magische formules van het recht waarbij men wel instinctief aanvoelt waarover het gaat, zonder er daarom een accurate beschrijving van te kunnen geven die bovendien een precies juridisch begrip dekt. Het begrip dekt in de doctrine en de rechtspraak dan ook dikwijls sterk verschillende ladingen.⁴² De Codificatie-

⁴⁰ Cass., 23 januari 1985, Lomry & Marchal, A.C., 1984-1985, 302.

⁴¹ Cass., 19 februari 1984, Stober, A.C., 1984-1985, 247.

⁴² Zie opinie VAN Vollenhoven in de Chatten Case, Reports of International Arbitral Awards, IV, 282-285.

conferentie van 1930 heeft aan het begrip een precieze omschrijving gegeven en het toepassingsgebied ervan beperkt tot de gevallen waarin een vreemdeling geen toegang heeft gekregen tot de nationale rechtscolleges, of wanneer onredelijke vertraging optrad in de rechtspleging; wanneer m.a.w. de vreemdeling zich voor de onmogelijkheid geplaatst zag recht te doen spreken.

45. In de Barcelona Traction Case heeft de Belgische regering een aantal klachten aangevoerd welke in haar termen neerkwamen op *déni de justice stricto et lato sensu*: grove fouten in de toepassing van het interne recht door de Spaanse rechtscolleges, arbitraire en discriminerend karakter van de rechtspraak, onmogelijkheid van partijen bij het geding gehoord te worden.

Rechter Tanaka (Japan) heeft naar aanleiding daarvan zonder in te gaan op het categoriseren van de onderwerpen, de staatsaansprakelijkheid bekeken in het licht van volkenrechtelijke minimumnormen waaraan rechtspraak van nationale hoven en rechtbanken moeten voldoen.⁴³ Dit lijkt ons de juiste benadering te zijn en vermijdt de kunstmatigheid in een opsplitsing van de gevallen waarin het optreden van de rechterlijke macht de aansprakelijkheid van de Staat kan in het gedrang brengen zoals hierboven geschetst.

Bovendien valt deze zienswijze beter te rijmen met de fundamentele aanpak van Ago als speciaal rapporteur van de ILC, nl. de opsplitsing in primaire en secundaire normen. De minimum standaard waaraan rechtspraak moet voldoen om het predicaat onafhankelijkheid te verdienen hoort thuis in de primaire normen, inclusief dus de afwezigheid van elke kwaadwillig intentioneel element. En op deze primaire normen zijn de secundaire normen, nl. de opbouw van de mechanismen van de staatsaansprakelijkheid, van toepassing. De fout, waarmee we supra werden geconfronteerd als zelfstandig constitutioneel element van de staatsaansprakelijkheid, verdwijnt in die kwaliteit.

46. Deze uitweiding van uw preadviseur moge zich verklaren door het steeds diepere besef dat hij als voorzitter van de subcommissie mensenrechten van het Europees Parlement heeft dat het beroep kunnen doen op een rechtspleging die voldoet aan elementaire standaarden één van de meest fundamentele mensenrechten is. Dat het volkenrecht deze criteria zou verfijnen zou niet alleen het interstatenrecht maar vooral de mens, hij zij nationale onderdaan of vreemdeling, ten goede komen.

47. De aansprakelijkheid geldt ook voor daden van de wetgevende macht.⁴⁴ Dit laatste heeft vooral belang voor het geval dat de Staat, hierbij in regel optredend door zijn wetgevende macht, nalaat interne wetgeving aan te passen aan internationale verdragen die door hem werden geratificeerd. Dit probleem is voldoende gekend uit de praktijk van de toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht, maar is ook relevant in het volkenrecht. Het kan in deze gaan over bepalingen die al dan niet directe werking hebben in de Belgische rechtsorde. Hebben de bepalingen directe

werking dan kunnen zij ingeroepen worden voor de hoven en rechtbanken, volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie sinds het Ski-arrest (27 mei 1971)⁴⁵. Maar deze directe werking ontslaat de Staat niet van zijn plicht zijn wetgeving aan te passen aan de gesloten verdragen. De directe werking is geen modaliteit van uitvoering door de Staat van zijn internationale verplichtingen.

48. De federale staat is eveneens aansprakelijk voor de daden gesteld door de deelstaten.⁴⁶ Hetzelfde geldt overigens ook voor ondergeschikte besturen. In de zaak 85/85 heeft het Hof van Justitie bij arrest van 18 maart 1986⁴⁷ België veroordeeld wegens voor het heffen door een aantal Brusselse gemeenten van een belasting in strijd met het gemeenschapsrecht, daarbij toepassing makend van de volkenrechtelijke principes betreffende de organen van de Staat.

49. Hier moet de vraag opgeworpen worden of de federale staat alleen en exclusief de staatsaansprakelijkheid draagt. Of kan er onder bepaalde omstandigheden ook een eigen staatsaansprakelijkheid van de deelstaten ontstaan? Dit zou dan het geval kunnen zijn wanneer internationale verplichtingen die de deelstaat rechtstreeks verbinden aan een andere soevereine staat, worden geschonden. De rapporteur van de ILC, Ago, sluit een eigen verantwoordelijkheid van de deelstaat in tweede orde naast de verantwoordelijkheid van de centrale staat niet uit⁴⁸. Maar in ieder geval gaat het om een theoretische mogelijkheid, geen praktische voorbeelden voor handen zijnde, aldus Ago. Di Marzo⁴⁹ heeft een 300-tal akkoorden onderzocht, afgesloten door deelstaten uit de Bondsrepubliek, Zwitserland, Canada en de Verenigde Staten. Alles hangt ervan af of de deelstaat het akkoord heeft gesloten op een totaal onafhankelijke wijze, dan wel bij delegatie van de centrale staat, in samenwerking met de centrale staat, dan wel of de sluiting van het akkoord onderworpen is aan goedkeuring door de centrale staat.

Op basis van zijn studie komt hij tot volgende klassificatie:

- de deelstaat is autonoom opgetreden en binnen zijn bevoegdheden: de deelstaat draagt de staatsaansprakelijkheid zoniet exclusief, dan toch in eerste orde
- de deelstaat is «gechaponneerd» door de federale staat: de federale staat draagt de staatsaansprakelijkheid, de deelstaat hoogstens in subsidiaire orde
- de federale staat sluit een akkoord in naam van de deelstaat: exclusieve staatsaansprakelijkheid van de federale staat

⁴⁵ MARESCLAU, M., The effect of treaties in domestic law, ch. I, Belgium, 14, in Jacobs, F. and Roberts, S. editions; the effects of treaties in domestic law, Londen 1987.

⁴⁶ Zie o.a. ROUSSEAU, Cahier de Droit International Public, dl V, 1983, 129

DAVID, E., La responsabilité des Etats Fédéraux dans les relations internationales, Revue Belge de Droit International, 1983, 483-499.

⁴⁷ H.J.E.G., 18 maart 1986, zaak 85/85, (Commissie/België) (nog niet gepubliceerd)

⁴⁸ DAVID, o.c., 488.

⁴⁹ DI MARZO, L., Components Units of Federal States and International Agreements, Alphen aan de Rijn, 1980.

⁴³ Geciteerd in BROWNLIE, o.c., 72.

⁴⁴ JIMENEZ DE ARECHAGA, o.c., 276

- de deelstaat sluit een akkoord buiten het terrein van zijn bevoegdheden: het akkoord is geldig indien de federale staat het endorseert, en is in andersluidend geval vernietigbaar.

50. De bevoegdheid akkoorden te sluiten berust in België bij de Koning (art. 68 van de Grondwet). De deelstaten hebben slechts het recht betrokken te worden bij de onderhandelingen (art. 81 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980)⁵⁰ De gewesten en de gemeenschappen hebben geen rechtspersoonlijkheid op internationaal vlak, kunnen dus niet autonoom akkoorden afsluiten en a fortiori er ook niet aansprakelijk voor zijn. De Franse Gemeenschap heeft een aantal «vriendschapsakkoorden» afgesloten met Franstalige staten, daarbij duidelijk buiten haar bevoegdheid tredend. De Belgische wetgever heeft het nodig geoordeeld er uitdrukkelijk afstand van te nemen en te verklaren dat zijn staatsaansprakelijkheid nooit in het gedrang kan komen.

51. Het vraagstuk blijft grotendeels theoretisch ook al hebben volgens intern recht de deelstaten de bevoegdheid zelfstandig akkoorden af te sluiten. Dit komt ondermeer daaruit voort dat deelstaten geen toegang hebben tot het Internationaal Hof van Justitie. Anderszijds kunnen zij wel optreden in de buitengerechtelijke afwikkeling van een geschil. Het is voldoende bekend dat ook binnen de rechtsfeer van de Europese Gemeenschappen de deelstaten geen rechtstreekse toegang hebben tot het Hof van Justitie. De vraag heeft dan ook vooral belang omdat ze aantoont dat de staatsaansprakelijkheid van een deelstaat in de kiem aanwezig is, en samen met de handelingsbekwaamheid tot ontwikkeling zou kunnen komen, voor zover daarvoor vanzelfsprekend bereidheid bestaat, én op het nationaal vlak, én op het internationaal niveau. Over de wenselijkheid spreekt de preadviseur zich niet uit.

52. Hier moet ook in kort bestek de sanctionering en uitvoering van een veroordeling wegens een volkenrechtelijk onrechtmatige daad worden aangehaald⁵¹.

De restitutio in integrum is de normale uitvoeringswijze: zo bv. de intrekking van de wet die indruiste tegen de internationale verplichting, vernietiging van het vonnis (art. 441 Sv)...

De schadevergoeding komt pas in tweede orde, indien de restitutio faalt, maar in de praktijk draait het daar meestal op uit omdat zoals Jimenez de Archéchaaga zegt⁵²: «Money is the common measure of valuable things».

Opmerkelijk is hier dat de codificatie door de ILC in tegenstelling tot het geldend gewoonterecht het *lucrum cessans* niet in aanmerking neemt. (artt. 6 en 7 deel II - nog aan te nemen).

⁵⁰ Zie o.a. CRAENEN, G., De bevoegdheid van de gemeenschappen en gewesten in internationale aangelegenheden, in *Liber Amicorum F. Dumon*, 1983; DE MEYER, J., Het beleid der buitenlandse betrekkingen in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappen of van de Gewesten behoren, *RW* 1983-1984, 274.

⁵¹ Zie o.a. JIMENEZ DE ARECHAGA, o.c. 285 e.v.; BROWNLIE, o.c., 199 e.v.

⁵² Zie JIMENEZ DE ARECHAGA, o.c., 286

53. In de ILC werden tot op heden op dit terrein nauwelijks bepalingen aangenomen. Van deel II (rechtsgevolgen van de onrechtmatige daden) werden slechts de artikelen 1 tot en met 5 in eerste lezing goedgekeurd⁵³. Van belang is hier artikel 2 dat stipuleert dat de bepalingen van deel II van toepassing zijn op alle internationale onrechtmatige daden, tenzij de gevolgen reeds werden geregeld door andere internationale rechtsregels die specifiek betrekking hebben op dat soort onrechtmatige daad. Het opzet van de ILC is van bij de aanvang van de opdracht van Ago geweest een systeem van secundaire normen te concipiëren dat op alle onrechtmatige daden zou van toepassing zijn.

Het gewoonterecht en de rechtspraak leren dat bepaalde primaire normen bepaalde rechtsgevolgen sorteren, en het blijkt voor de ILC onhoudbaar daar definitief aan voorbij te gaan.

Dit artikel maakt de creatie mogelijk van «subsystemen», waarbij een bepaalde onrechtmatige daad, bepaalde rechtsgevolgen sorteert. De nog aan te nemen artikelen 8 tot en met 13 behandelen de «countermeasures», de geoorloofde tegenmaatregelen. Volkenrechtelijke misdaden (zie verder) sorteren welbepaalde gevolgen en maken specifieke sancties mogelijk (artt. 14 en 15). Deel III, waarvan de rapporteur Riphagen onlangs een ontwerp heeft overgelegd, behandelt de «implementation». De onderliggende bedoeling is escalatie te vermijden, in voorkomend geval, escalatie van geweld. Daartoe wordt een notificatieplicht ingevoerd (art. 1), en een geschillenberechting indien na 1 jaar nog geen oplossing werd gevonden voor het gerezen geschil (art. 4). Dit gedeelte werd door de rapporteur zeer beperkt gehouden en weerspiegelt het gewoonterecht op dit punt.

54. Algemeen moet wel worden opgemerkt dat de werkzaamheden in de ILC na een aanvankelijk succes, nu minder opschieten. Dit houdt o.a. verband met het feit dat door het rigoreus aanhouden van het onderscheid tussen primaire normen en secundaire normen een aantal problemen (o.a. subsystemen) naar een later stadium werden verschoven, en men daar nu stilaan is aanbeland. De nieuwe rapporteur Riphagen lijkt ook niet op identieke wijze als zijn voorganger Ago tegen zijn taak aan te kijken⁵⁴.

55. Het artikel in deel I van de codificatie door de ILC dat de meeste controverses heeft opgeworpen is ongetwijfeld art. 19/2, dat een definitie geeft van de volkenrechtelijke misdaad (International Crime - Crime International). Art. 19 maakt een onderscheid tussen de volkenrechtelijk onrechtmatige daad en de daden die «in een inbreuk vormen op een internationale verplichting zo essentieel voor de bescherming van de fundamentele belangen van de internationale gemeenschap, dat een inbreuk erop erkend wordt als een misdaad door deze gemeenschap in zijn geheel». Het artikel somt ook een niet exhaustieve lijst op van wat daaronder moet worden verstaan: een ernstige inbreuk op

⁵³ Zie FRANCX, E., Staatsaansprakelijkheid en de ILC, nog niet gepubliceerd.

⁵⁴ Zie o.a. MOHR, M., The ILC's distinction between 'International crime' and 'International delicts' and its implications, in *United Nations codification of State responsibility*, Edited by Spinetti & Simma, New York, 1987.

non-agressieve beginsel, kolonialisme, slavernij, genocide, apartheid, een ernstige inbreuk op het instandhouden van de menselijke leefomgeving zoals massale pollutie van de atmosfeer of de zeeën.

Aldus wordt in de ILC codificatie de betwiste figuur van het *ius cogens* ingevoerd, zich hierbij inspirerend op het Handvest van de Verenigde Naties. De internationale gemeenschap is het trouwens grondig oneens over sommige van deze volkenrechtelijke misdaden. Waar men kan stellen dat de non-agressie, slavernij en genocide vrijwel algemeen aanvaard zijn, is er nauwelijks van overeenstemming sprake voor wat de massale vervuiling betreft.

56. Historisch was het voeren van oorlog een legitieme uiting van de soevereiniteit van nationale staten. Het VN-charter waar de handhaving van de vrede en de veiligheid als een rode draad doorheen loopt, en dat alle soevereine staten als gelijk erkent, plaatst een en ander duidelijk in een totaal ander daglicht⁵⁶.

Nog in 1907 werd het Verdrag van Den Haag gesloten betreffende de beperking van het gebruik van geweld voor de recuperatie van contractuele schulden⁵⁶.

De Volkenbond (1919), trachtte de vrijheid van staten om naar het oorlogswapen te grijpen te beperken, maar zag toch ook nog een aantal omstandigheden waarin het voeren van oorlog niet verboden was. Om deze lacunes op te vullen werd op 27 augustus 1928 te Parijs het zogenaamde Briand-Kellogg Pact gesloten, dat in algemene termen het grijpen naar het oorlogswapen voor het regelen van internationale geschillen veroordeelde.

Het leidde tot een algemeen aanvaarden door de internationale gemeenschap van het principe dat het gebruiken van agressie principieel steeds onrechtmatig is. Het pact spatte uiteen bij het uitbreken van de tweede wereldoorlog, een oorlog die het trouwens niet had kunnen vermijden, alhoewel Duitsland tot de verdragsluitende partijen behoorde. Het charter van de VN zou hierop voortbouwen, en het verbod van een beroep te doen op agressie voor het regelen van geschillen als onaantastbaar beginsel invoeren.

57. Het vermelden van het verbod van het gebruik van agressie voor het regelen van internationale conflicten weerspiegelt dan ook de fundamenteel andere benadering van het oorlogsbegrip die het gevolg is van het charter van de VN. Men kan zich hierbij evenwel afvragen welke het praktisch nut is dat dit begrip ook een plaats krijgt in de codificatie van de ILC, naast de uitvoerige ontwikkeling die eraan gegeven wordt in de Verenigde Naties, en in het bijzonder in de Veiligheidsraad. De rapporteur is tot op heden weinig expliciet geweest over de sancties die kunnen toegepast worden wanneer een staat een volkenrechtelijke misdaad pleegt. Uit de rapporten die hij tot op heden heeft voorgelegd blijkt dat hij zich in grote lijnen inspireert aan de geldende praktijk in de VN Veiligheidsraad. Bovendien zou het geheel van de internationale misdaden eveneens tot de bevoegdheidssfeer van het Internationaal Hof van Justi-

tie gaan behoren, maar men moet zich afvragen wat het praktische gevolg hiervan kan zijn. De zelfde vraag kan gesteld worden voor andere daden die in de optiek van de ILC behoren tot de categorie van volkenrechtelijke misdaden. Zo wordt de genocide beheerst door een specifieke conventie, de zogenaamde genocideconventie.

58. Het VN-charter gaat uit van de gelijkheid van alle soevereine staten, en rekent aldus af met het koloniale verleden. Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat kolonialisme als een volkenrechtelijke misdaad wordt bestempeld. De subtiliteit in de omschrijving, - het opleggen, of het instandhouden bij middel van geweld van koloniale overheersing-, maken dat de termen ook voor bepaalde westerse mogendheden aanvaardbaar kunnen zijn, althans in abstracto. Men denke hier aan Groot-Brittannië en Frankrijk.

59. In de opsomming wordt ook de apartheid expliciet vermeld. Hier zal men moeten toegeven dat de internationale gemeenschap progressief unaniem is geworden in zijn algehele afwijzing van de apartheid, wat op het ogenblik dat de speciale rapporteur Ago zijn taak opnam zeker niet het geval was. Een dergelijke vaststelling pleit voor de uiteindelijk zeer vlugge evolutie van de geesten op dit terrein.

60. De internationale gemeenschap wordt zich steeds meer bewust van de essentiële noodzaak onze menselijke leefomgeving voor het nageslacht te bewaren. Vandaar te zeggen dat er een consensus zou bestaan dat massale verontreiniging een misdaad tegen de mensheid is, is een toch wel bijzonder verregaande conclusie.

61. Wanneer men het geheel van de door de ILC opgesomde volkenrechtelijke misdaden overloopt, dan hebben zij gemeenschappelijk dat zij uitdrukking geven aan een nieuwe wereldorde, gebaseerd op het afwijzen van het gebruik van geweld voor het oplossen van geschillen, de gelijkheid in rechte van alle staten, de waardigheid en de integriteit van het individu, en de opdracht de menselijke leefomgeving voor het nageslacht te bewaren. Een inbreuk die deze essentiële principes van de menselijke samenleving in belangrijke mate aantast, betekent een misdaad tegen de hele mensheid. Dit weerspiegelt zich trouwens in de definitie van de injured State, de benadeelde staat of tegenpartij, die in het geval van de internationale misdaad elke staat, m.a.w. de gehele internationale gemeenschap omvat (art. 5, lid 3, van deel III).

Het begrip volkenrechtelijke misdaad heeft dan ook een bijzonder sterke politieke betekenis. Waar het bij de ferverte verdedigers van deze idee van volkenrechtelijke misdaad op aankomt, is dat welbepaalde daden het predicaat misdaad opgekleefd krijgen. Er kan weinig illusie over bestaan dat deze misdaden ook aanleiding zouden geven tot daadwerkelijke veroordeling.

Vanuit traditioneel juridisch oogpunt heeft men enige moeilijkheid met deze categorie van daden waarvan men

⁵⁵ MOHR, M., o.c., 116.

⁵⁶ STARACE, V., La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté Internationale, Recueil des cours de l'Académie de droit International, nr. 76, 267 e.v.

⁵⁷ Zie QUIGLEY, V., Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility, British yearbook of international law, 1986, 77-132.

instinctief de zeer geringe justiciabiliteit aanvoelt. Als jurist deel ik die mening. Als politicus heb ik evenwel moeten ervaren dat volkeren die menen het slachtoffer te zijn van volkenrechtelijke misdaden, aan de erkenning van dit predicaat een bijzonder belang hechten. Meer bepaald ligt mij nog bijzonder vers in het geheugen de obstinatie waarmee de Armeniërs de erkenning door de internationale gemeenschap van de genocide op hun volk hebben nagestreefd.

62. Belangrijke onderwerpen zoals de medeplichtigheid⁵⁷ moeten noodgedwongen buiten beschouwing blijven. Ook op de aansprakelijkheid voor transnationale milieuschade (acts non prohibited by International Law) kan niet verder worden ingegaan⁵⁸.

III. DE VERPLICHTINGEN VAN BELGIE IN HET KADER VAN EEG-VERDRAG EN HET EVRM-VERDRAG

63. Het vertrekpunt van de aansprakelijkheid van de lidstaten ten opzichte van de Europese Gemeenschap is artikel 5 van het EEG-Verdrag dat luidt: De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handelingen van de instellingen der gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van hun taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit verdrag in gevaar kunnen brengen.

Dit artikel verwoordt op een aan de eigenheid van de EG-aangepaste wijze het beginsel van de Bundestreue. De specifieke verplichtingen van de lidstaten worden verduidelijkt in talrijke artikelen van het EG-Verdrag. Er is een omvangrijke rechtspraak, én op basis van artikel 5, én op basis van de relevante artikelen van het Verdrag die de verplichtingen van de lidstaat specificeert.

Algemeen kan worden gesteld dat de verplichtingen zowel van negatieve aard zijn - zich onthouden bepaalde handelingen te stellen -, als van positieve aard - meewerken aan de totstandkoming van de doelstellingen van de Gemeenschap. Dat dit zeer ver kan gaan blijkt b.v. uit de fundering die het Hof van Justitie heeft gegeven aan de uitgebreide externe bevoegdheid van de EEG in de arresten AETR⁵⁹ en Kramer⁶⁰ waar het Hof zijn argumentatie deels heeft gegrondvest op de overweging dat artikel 5 de lidstaten oplegt zich ervan te onthouden de Gemeenschap te beletten haar doelstellingen te bereiken door het sluiten van akkoorden met derde landen, aldus de overdracht van treaty making power aan de EG in belangrijke mate uitbreidend.

De recente verzekeringsarresten van het Hof⁶¹ hebben de

toepassing van de artt. 59 en 60 getoetst aan de praktijk van de lidstaten en aldus het dossier van het vrij verrichten van diensten in een stroomversnelling gebracht.

64. Het Hof van Justitie heeft in een aantal belangrijke arresten de bouwstenen aangebracht om de aansprakelijkheid van de lidstaten t.o.v. de Europese Gemeenschap concreet gestalte te geven: het bestaan van een eigen rechtsorde en de rechtstreekse werking, beide innig met elkaar verbonden.

De Europese Gemeenschap stelt een eigen rechtsorde in waarin zowel de lidstaten als hun onderdanen gerechtigd zijn. Na het arrest Van Gend en Loos⁶², zal vooral het arrest Costa/Enel⁶³ dit duidelijk omschrijven: «Dat het EEG-Verdrag anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die bij de inwerkingtreding van het verdrag in de rechtsorde der lidstaten werd opgenomen en waarmee de nationale rechter rekening dient te houden. Dat namelijk de lidstaten door voor een onbepaalde tijd een Gemeenschap op te richten voorzien van eigen organen, van rechtspersoonlijkheid en handelingsbevoegdheid, van vertegenwoordigingsbevoegdheid op het internationale vlak en in het bijzonder van praktische bevoegdheden, hun souvereiniteit zij het op een beperkt terrein hebben begrensd en derhalve een rechtstelsel in het leven hebben geroepen dat bindend is zowel voor hun onderdanen als voor hen zelf.»

In deze en opvolgende arresten (Internationale Handelsgesellschaft, Simmenthal, Bresciani, Kupferberg)⁶⁴ werd het actieterrein van de rechtstreekse werking verduidelijkt en de verplichtingen die eruit voortvloeien voor de lidstaten aangescherpt en verijnd.

Het kan niet de bedoeling zijn hierover verder uit te wijden, overigens de literatuur is desbetreffend overvloedig⁶⁵.

65. De rechtstreekse werking van het Europees Gemeenschapsrecht is in de Belgische rechtspraak algemeen aanvaard sinds het Ski-arrest, dat overigens de termen van de relevante arresten van het Hof van Justitie parafraseert⁶⁶.

«Dat de regels volgens welk een wet een vroegere wet opheft in zover zij haar tegensprekt (lex posterior derogat priori) geen toepassing vindt wanneer er een conflict is tussen een verdrag en een wet; dat wanneer het conflict bestaat tussen een landrechtelijke norm en een internationale rechterlijke norm die rechtstreeks gevolgen heeft in de interne rechtsvorm, de door het verdrag bepaalde regel moet

HJEG 4 december 1986, zaak 206/84, Commissie/Ierland nog niet gepubliceerd).

⁶² HJEG 5 februari 1963, zaak 26/62, (Van Gend & Loos) Juris 1963, 9.

⁶³ HJEG 15 juli 1964, zaak 6/64, (Costa/Enel) Juris 1964, 1218.

⁶⁴ HJEG 17 december 1970, zaak 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) Juris 1970, 1125; HJEG 9 maart 1978, zaak 106/77 (Simmenthal) Juris 1978, 629; HJEG, 26 oktober 1982, zaak 104/81, (Kupferberg) Juris 1982 36-41; HJEG, 5 februari 1976, zaak 87/75 (Bresciani) juni 1976, 129.

⁶⁵ Zie o.a. LOUIS J.V., De Rechtsorde van de Europese Gemeenschap. Europese perspectieven, Luxemburg 1983, MARESCAU, M., De directe werking van het Europees Gemeenschapsrecht, Antwerpen 1978.

⁶⁶ Cass., 27 mei 1971, Fromagerie Franco-suisse le Ski, JT 1971, 460.

⁵⁸ Zie o.a. MIATELLO, A., International responsibility for the use of nuclear energy, in United Nations codification of State responsibility, Edited by Spinedi & Simma, New-York, 1987. Kiss, o.c. 139-152.

⁵⁹ HJEG, 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie/Raad, AETR juris. 1971 263.

⁶⁰ HJEG, 14 juli 1976, zaak 3, 4, en 6/76 (Kramer), Juris. 76, 1279.

⁶¹ Zie o.a. HJEG 4 december, zaak 205/84, Commissie/DBR; HJEG 4 december 1986, zaak 220/83, Commissie/Frankrijk;

voorgaan; dat deze voorrang volgt uit de aard zelf van het bij het verdrag bepaald internationaal recht dat zou des te meer gelden wanneer zoals hier, het conflict zich voordoet tussen een norm van het interne recht en een norm van het gemeenschapsrecht; dat immers de verdragen die het gemeenschapsrecht hebben in het leven geroepen een nieuwe rechtsorde hebben ingesteld, ten behoeve waarvan de lid-staten de uitoefening van hun soevereine machten in de bij deze verdragen omschreven gebieden hebben beperkt; dat art. 12 van het Verdrag tot instelling van de Europese Economische Gemeenschap onmiddellijke gevolgen heeft en voor de rechtzoekende individuele rechten schept die door de nationale rechtbanken moeten worden beschermd; Dat uit voorgaande overwegingen voortvloeit dat de rechter verplicht was de bepalingen van intern recht die strijdig zijn met deze bepalingen, buiten toepassing te laten.»

66. Dit baanbrekend arrest, dat zich diende uit te spreken over een aangelegenheid van de rechtstreekse werking van het Europees Gemeenschapsrecht, heeft evenwel verstrekende gevolgen gehad voor wat betreft de rechtstreekse werking van het EVRM-Verdrag, alsook van internationale verdragen in het algemeen.

Volgens dit arrest volgt de primauteit van het internationaal verdragsrecht uit de natuur zelve van dit recht. Aldus breidt het smeerkas-arrest de filosofie die het Hof van Justitie had toegepast op de Verdragen van Rome uit tot het internationale verdragsrecht. Hierbij moet het vanzelfsprekend gaan over internationale verdragen door de Koning gesloten, door het Parlement voor zover nodig goedgekeurd, in het Belgisch Staatsblad bekend gemaakt, en gelden de algemene regels wat betreft de aard van de bepalingen die zich lenen voor rechtstreekse toepassing.

67. De hoven en rechtbanken, en het Hof van Cassatie in het bijzonder, hebben een uitvoerige rechtspraak ontwikkeld over de directe werking van het Europees Gemeenschapsrecht, het EVRM, en het Internationaal Verdragsrecht. Daarbij valt de pragmatische aanpak op. Zelden of nooit heeft het Hof van Cassatie zich bezig gehouden met de analyse van de natuur van een verdrag en de aard van de verbintenissen die het meebrengt om op grond hiervan te besluiten tot het al dan niet direct werkende karakter van het instrument. Alleen in de zaak Tonon⁶⁷, vinden we een referentie naar de bedoeling van de contracterende partijen en het doel van het verdrag in kwestie als een belangrijk element om er al dan niet rechtstreekse werking aan toe te kennen⁶⁸. Men zou kunnen stellen dat onze rechtspraak, vanzelfsprekend eenmaal het gaat over toepasselijke verdragen, de presumptie aankleeft dat ze dan ook directe werking hebben, waarbij dan het probleem te beslechten blijft of dit al dan niet geldt voor een specifieke bepaling, dit laatste echter onmiddellijk onder de invalshoek van de toepasselijkheid bekijken, en meestal niet verwijzend naar de term directe werking.

68. De directe werking stelt nauwelijks of geen problemen bij de toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht. De Belgische hoven en rechtbanken inspireren zich daarbij op de rechtspraak van het Hof van Justitie, en verzoeken het Hof zo nodig om uitlegging van het verdrag ex art. 177 EEG.

69. Heel wat meer moeite heeft het Hof van Cassatie tot op heden gehad met de Europese Conventie van de rechten van de mens⁶⁹. De directe werking wordt aanvaard voor de meeste materiële bepalingen. Althans in abstracto, want het Hof onkent in een aantal arresten de directe werking van deze bepalingen in een specifiek geval, omdat ze niet zouden kunnen toegepast worden bij gebrek aan nationale wetgeving.

70. In arresten die ingaan op het Marckx-arrest van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM)⁷⁰, over de status van natuurlijke kinderen houdt het Hof van Cassatie voor dat, hoewel het de directe werking van de artt. 14 en 8(1) EVRM erkent, het er geen toepassing in concreto kan van maken omdat de wetgever, aldus het Hof van Cassatie, op verschillende wijzen aan de vereisten van art. 8(1) zou kunnen voldoen en dus vooralsnog de materiële interne rechtsregels niet voorhanden zijn om een eenduidige oplossing te bieden⁷¹. Sommigen hebben dit bekeken vanuit het oogpunt van de directe werking van de arresten van het EVRM⁷². Een rechterlijke uitspraak leent zich door zijn aard in wezen niet tot directe werking. Directe werking is een rechtsfiguur die essentieel betrekking heeft op rechtsregels. Een arrest past een materiële rechtsregel toe op een concreet geval, en kan dus richtinggevend zijn indien het door een hogere rechtbank wordt geveld, om de vrij eenvoudige reden dat men mag aannemen dat bij het niet-volgen van de interpretatie gegeven door de hogere rechtbank de lagere rechtbanken, bij beroep zouden worden terechtgewezen.

Maar rechtspraak is iets dynamisch, past zich aan, wijzigt. Een rechtsregel blijft, tenzij hij vervangen wordt door een nieuwe.

Volgens Maresceau⁷³ is de vraag of de geldende wetgeving al dan niet in strijd is met de direct geldende bepalingen van het EVRM, en is dit zo dan kan de nationale rechtsregel niet toegepast worden(sic). Het behoort dan aan de rechter de gepaste oplossing aan te dragen die beantwoordt aan de termen en de geest van de direct werkende bepaling. Overigens is dit voor deze materie niet uitzonder-

⁶⁹ Zie o.a. DE MEYER, Toepassing van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in België, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985; VELU, J., Les effets directs des instruments internationaux, en matière de droits de l'homme, RBDI, 1980, 293-316; BOSSUYT, M., The direct applicability of international instruments on human rights, RBDI, 1980, 317 ev.; GRIMONPREZ, K., Het Hof van Cassatie en vijftig jaar EVRM, Rv 1981-1982, 2657-2674.

⁷⁰ EHRM, 13 maart 1979, Serie A, nr. 31.

⁷¹ Cass., 3 mei 1985, R.W., 1985-1986, 1986, Cass., 6 maart 1986, R.W., 1986-1987, 236 met noot Senaev.

⁷² BOSSUYT, L'arrêt Marckx de la Cour Européenne des droits de l'homme, Revue belge de droit international, 1980, I.

⁷³ MARESCAU, o.c. sub (67), 25.

⁶⁷ Cass., 21 april 1983, RC JB, 1985, 22 (met noot Waelbroeck).

⁶⁸ Zie MARESCAU, M., The effect of treaties in domestic law, Jacobs and Roberts eds. London 1987, 16.

lijk moeilijk, daar per analogie de regeling van de wettelijke kinderen kan worden toegepast. Maar zelfs al zou dit moeilijk zijn, dan nog mag de nationale rechter geen rechtsregel toepassen die in strijd is met een bepaling, in casu van het EVRM, die directe werking heeft.

Het is alsof de rechter zou weigeren recht te spreken omdat de bestaande nationale wet geen oplossing biedt in een concreet geval. Dit zou neerkomen op rechtsweigeren. Is de nationale wet strijdig met de direct werkende bepalingen, dan heeft de nationale rechter nog alleen de direct werkende norm te zijner beschikking, en daar moet hij het mee doen om recht te spreken in een concreet geval. De controverse rond het arrest Marckx had wellicht geleid tot een nieuwe uitspraak van het EHRM, België opnieuw veroordeeld zou zijn geworden, ware het niet dat België met de wet van 31 maart 1987 zijn wetgeving in overeenstemming had gebracht met de vereisten van het EVRM.

71. Overigens was dit niet de eerste maal dat het Hof van Cassatie in de clinch ging met het EHRM. Hetzelfde gebeurde in de zaak van de openbaarheid van de zittingen van de Orde van Geneesheren (zaak *Le Compte*), en de vraag of een onderzoeksrechter achteraf mag zitting nemen als rechter ten gronde (zaken *Piersack* en *De Cubber*).

In de zaak van de Orde van Geneesheren handhaafde het Hof van Cassatie zijn rechtspraak ondanks veroordeling door het EHRM bij arrest van 23 juni 1981⁷⁴. Bij arrest van 14 april 1983 begroef het Hof de strijdbijl, maar pas nadat het EHRM bij arrest van 10 februari 1983 België een tweede maal had veroordeeld.⁷⁵

Schoorvoetend heeft de Belgische rechtspraak zich aangepast op het vlak van de niet-cumulatie van de rechterlijke ambten, eerst wanneer het gaat om een rechtbank die de feiten in laatste aanleg beoordeelde, met name in de zaak *Piersack*⁷⁶, en nadien wanneer het gaat om een rechtbank die de feiten in eerste aanleg beoordeelt⁷⁷. Wanneer de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie op vordering van de minister van Justitie om toepassing verzocht van art. 441 S.V., om aldus rechtsherstel te geven aan *De Cubber* die bij arrest van 26 oktober 1984 gelijk had gekregen van het EHRM betreffende het verbod in eerste aanleg, weigerde het Hof van Cassatie toepassing te maken van dit artikel om betwistbare redenen die hoger (zie par. 38-41) werden besproken⁷⁸, aldus een nieuwe controverse openend.

72. Men kan zich dan ook de vraag stellen of geen midelen moeten gezocht worden om de wisselwerking EHRM-Hof van Cassatie harmonischer te laten verlopen. Sub 41 werd verwezen naar de noodzaak een specifieke uitvoeringsprocedure te voorzien voor de arresten van het EHRM. Maar het is vooral aangewezen lering te trekken

uit de soepele samenwerking tussen het Hof van Justitie en het Hof van Cassatie. Conflicten worden daar vermeden door beroep te doen op de prejudiciële procedure van vraag om uitlegging aan het Hof van Justitie ex. art. 177 EEG.

Een wijziging van de EVRM op dat punt zou zijn doorstroming in de nationale rechtsorden ongetwijfeld tengoede komen. Dergelijke oplossing die in de rechtsleer soms werd gesuggereerd⁷⁹ verdient aanbeveling, maar zal wellicht niet zondermeer door elke verdragsluitende partij aanvaard worden. De aanvaarding van de directe werking is niet in alle landen even algemeen aanvaard dan bij ons het geval is. Om daaraan te remediëren zou er een optioneel systeem kunnen van gemaakt worden, zoals er overigens meerdere zijn in het EVRM.

Wellicht wordt dan een specifieke uitvoeringsprocedure voor de arresten van het EVRM overbodig. Overigens bestaat geen uitvoeringsprocedure voor de arresten van het Hof van Justitie waarbij een lid-staat wordt veroordeeld. Het gebruik van de prejudiciële vraag om uitlegging ex. art. 177 EG remedieert daaraan in niet onbelangrijke mate.

In afwachting van dergelijke procedure in het kader van het EVRM, blijft een uitvoeringsprocedure voor de arresten van het EHRM noodzakelijk, zoniet komt België tekort aan zijn verplichtingen.

73. Het Hof van Cassatie heeft in een aantal arresten toepassing gemaakt van bepalingen van internationale verdragen, hun aldus directe werking toekennend.

Ook hier heeft het Hof van Cassatie zich niet bezig gehouden met een uitgebreid onderzoek naar de vraag of een bepaling al dan niet directe werking heeft, door het verdrag daarop te toetsen, maar heeft er zich in regel mee vergevoegd dit gewoon vast te stellen, of zelfs de bepaling van het kwestieus verdrag zondermeer toe te passen.⁸⁰

Het Hof van Cassatie heeft toepassing gemaakt van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten o.a. met betrekking tot het recht van een verdachte bij arrestatie ingelicht te worden over de redenen daarvan en over de tegen hem ingebrachte beschuldigingen⁸¹; het recht op bijstand van een tolk in strafzaken⁸²; het vermoeden van onschuld⁸⁴; het recht om bij aanhouding onverwijld voor een rechter gebracht te worden⁸⁵.

Het Hof van Cassatie past geen artikelen toe, waarvoor België voorbehoud heeft gemaakt⁸⁶. Tot het arrest van 17 januari 1984⁸⁷ was het onduidelijk of het Hof van Cassatie ook tot toepassing van het Internationaal Verdrag zou besluiten indien het alleen daarop vermocht te steunen, daar tot op dat ogenblik het Hof steeds in één adem het overeenstemmende artikel van het EVRM vermeldde. In kwestieus

⁷⁴ Cas., 21 januari 1982, R.W., 1982-1983, 549.

⁷⁵ Cass., 14 april 1983, R.W. 1983-1984, 83, met noot LEMMENS en vooral JT, 83, 609 met conclusie advocaat-generaal Velu.

⁷⁶ Cass., 18 mei 1983, R.W., 84-85, 801, met noot Gilliams.

⁷⁷ Cass., 23 januari 1985, R.W., 1984-1985, 2943 met noot Maes.

⁷⁸ Cass., 27 januari 1987, R.W., 1987-1988, 150-152.

⁷⁹ Zie noot GILLIAMS onder Cass., 18 mei 1983, R.W., 84-85, 810.

⁸⁰ MARESCEAU, M., o.c. sub. 67, p 18 en 19.

⁸¹ Cass., 17 januari 1984, R.W., 1984-1985, 1147.

⁸² Cass., 16 oktober 1984, Pas., I, 239.

⁸³ Cass., 13 maart 1985, Pas., 1985, I, 864.

⁸⁴ Cass., 2 oktober 1985, R.W., 1985-1986, 1786; Cass., 11 september 1985, R.W., 85-86, 1738.

⁸⁵ Cass., 13 maart 1985, Pas. 1985, I, 864.

⁸⁶ Cass., 1 februari 1984, R.W., 84-85, 1807.

⁸⁷ Cass., 17 januari 1984, R.W., 1984-1985, 1147.

arrest heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk de directe werking erkend van artikel 2 van het Internationaal Verdrag op autonome basis.⁸⁸

Het Hof heeft ook de directe werking erkend van het verdrag over het statuut van de vluchtelingen. Zo in het arrest Diaz Trujillo/RWP⁸⁹ waar het Hof de bepalingen van de wet op het gewaarborgd inkomen die een verblijf in België van 5 jaar vereisen vooraleer aanspraak kan worden gemaakt op financiële tegemoetkomingen buiten beschouwing heeft gelaten omdat het deze in strijd achtte met art. 23 van het verdrag over kwestieus statuut.

Het Hof van Cassatie en de hoven en de rechtbanken hebben zich tot op heden afwijzend opgesteld tegenover directe werking van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.⁹⁰ Volgens Maresceau⁹¹ kan een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen⁹² geïnterpreteerd worden als een erkenning van de directe werking van de VN-verklaring over de rechten van het kind van 21 november 1969.

74. De benadering van het Hof van Cassatie kan als permissief worden bestempeld t.o.v. de directe werking van internationale verdragen. De Raad van State verschilt wat dit betreft grondig van mening met het Hof en ontkent het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten elke directe werking zich daarbij baserend op de termen van het verdrag zelve dat de staten verplicht de nodige nationale wetgeving te introduceren opdat de rechten in het verdrag voorzien zouden kunnen worden gewaarborgd.⁹³

Deze analyse vindt steun in de doctrine door een aantal auteurs verdedigd dat een van de bepalende elementen om uit te maken of een bepaling van een internationaal verdrag al dan niet directe werking heeft, de bedoeling is van de Founders Fathers deze werking er al dan niet aan te verlenen.

75. De relevante procedures voor het vraagstuk van de staatsaansprakelijkheid in het kader van de EEG zijn voldoende bekend. Het gaat om de procedure wegens verdragsinbreuk ex artikelen 169 en 170 EEG en de prejudiciële procedure in uitlegging ex artikel 177 EEG. Vanuit het oogpunt van de aansprakelijkheid van de lid-staten sorteren ze in grote mate het zelfde effect.

76. Er moet worden opgemerkt dat de Commissie uit de artikelen van het EG-verdrag inzake het mededingingsbeleid belangrijke bevoegdheden put die het niveau van het toezicht, ook ten opzichte van de staten, overstijgen.

⁸⁸ Zie BRAQUENE, P., De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten na het Cassatie-arrest van 17 januari 1984, R.W., 1984-1985, 1563.

⁸⁹ Zie MARESCAU, o.c., sub 67, p 19 in fine.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² 2 november 1983, Journal des Juges de Paix et de Police 1986, 114.

⁹³ BOSSUYT, M., De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, R.W., 1978-1979, 235.

Zo bv. kan de Commissie ex artikel 93.2 een lid-staat bevelen een steunmaatregel op te heffen of te wijzigen binnen een vastgestelde termijn. De tussenkomst van de Commissie heeft hier duidelijk een grotere draagwijdte dan de preliminaire fase van de procedure wegens verdragsinbreuk. Hetzelfde geldt voor art. 93.3 waar de tussenkomst van de Commissie tot gevolg heeft dat de uitvoering van de steunmaatregel wordt geschorst totdat de procedures ex art. 93 hun beslag hebben gekregen hetzij omdat de staat zich confirmeert aan de beslissing van de Commissie, hetzij door een uitspraak ten gronde van het Hof. Dat deze tussenkomst van de Commissie verder gaat dan de preliminaire fase bij de procedure ex de artt. 169-170 EG blijkt ook daaruit dat indien de Staat het besluit van de Commissie ex art. 93.2 niet nakomt, de Commissie en iedere belanghebbende lid-staat rechtstreeks naar het Hof kunnen, m.a.w. zonder de preliminaire fase te moeten overdoen. De tussenkomst van de Commissie is aldus een verstrenging van de preliminaire fase die ze vervangt, maar op een wijze dat ze een uitspraak in eerste aanleg inhoudt, respectievelijk een schorsend effect heeft⁹⁴.

77. Sub 74 heb ik reeds opgemerkt dat vanuit het oogpunt van de tenuitvoerlegging van de staatsaansprakelijkheid van de lid-staten de procedure wegens verdragsinbreuk en de prejudiciële procedure in grote mate hetzelfde effect hebben. Dit heeft te maken met de brede interpretatie die het HJEG aan zijn opdracht in het kader van art. 177 EG gegeven heeft. Hoewel het HJEG niet bevoegd is om in de beoordeling te treden van de toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht op een welbepaalde situatie formuleert het Hof zijn adviezen zo precies dat de nationale rechter nog weinig bewegingsruimte gelaten wordt.

78. Een recent arrest van het HJEG in verband met de minerval illustreren dit nogmaals zeer duidelijk. In het arrest Blaizot⁹⁵ moest het Hof antwoorden op de vraag of een universitaire opleiding kan beschouwd worden als een beroepsopleiding in de zin van art. 128 van het EG-verdrag zodat discriminatie van studenten afkomstig uit andere lid-staten op grond van art. 7 EG verboden is.

Het Hof komt tot het besluit dat een universitaire opleiding inderdaad een beroepsopleiding is, daar zij in overwegende mate voorbereidt op het beroepsleven, op basis van een beoordeling in abstracto van de aard en het doel van het universitair onderwijs. Maar intussen had het Hof ook al duidelijk de bemerking verworpen die België in ondergeschikte orde had geformuleerd, met name dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de kandidaturen die ondermeer aan de Belgische universiteiten algemeen vormend zouden zijn, en de licenties die voorbereiden op een beroep.

Kandidaturen en licenties vormen één geheel, om de doodeenvoudige reden dat men de licenties maar kan aanvangen wanneer de kandidaturen volbracht zijn.

En het Hof gaat verder in op de repercussies van dit

⁹⁴ Zie KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, 1980, p. 309-310.

⁹⁵ HJEG, 2 februari 1988, zaak 24/86 (Blaizot) (nog niet gepubliceerd)

dossier wanneer het zich uitsprekt over de werking ex tunc van de arresten ex art 177 EEG.

Het Hof legt in het kader van art 177 EEG uit, verduidelijkt wat reeds in het recht besloten ligt, en de arresten ex art. 177 hebben dan ook een werking ex tunc die maakt dat de rechter de regel uit het Europees Gemeenschapsrecht ook moet toepassen op rechtsverhoudingen die dateren van voor de uitlegging⁹⁶.

Alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan het Hof daarvan afwijken en de werking tot de toekomst beperken. Uitzonderlijke omstandigheden die bv. kunnen voortkomen uit de bijzondere zware pecuniaire gevolgen die de toepassing ex tunc zou hebben, en in acht nemende dat de uitlegging een recente evolutie van het Europees Gemeenschapsrecht betreft zodat de lid-staat mogelijkerwijze kan uitgaan van de veronderstelling dat hij handelde in overeenstemming met het Europees Gemeenschapsrecht⁹⁷.

Het Hof oordeelt dat dit geldt voor België voor wat betreft de universitaire studies, zich daarbij ondermeer steunende op de overweging dat de Commissie nog in 1984 een schrijven richtte aan België waarin zij als mening te kennen gaf dat de minerval niet strijdig was met het Europees Gemeenschapsrecht. Pas op 25 juni 1985 gaf de Commissie aan België te kennen dat zij haar mening had herzien.

Hier kan men nog moeilijk volhouden dat het Hof de rechtsvraag niet toepast op een concrete toestand.

Het Hof slaagt er evenwel in dit alles zo handig te verpakken dat men nooit formeel kan beweren dat het toepassing maakt van het Europees Gemeenschapsrecht op een concrete rechtsverhouding.

79. Aan de verwijzing door de nationale rechter met het oog op uitlegging ligt in werkelijkheid vaak een conflictsituatie tussen nationaal recht en Europees Gemeenschapsrecht ten grondslag. Op dezelfde dag dat het Hof uitspraak heeft gedaan in de zaak Blaizot⁹⁸, en Barra⁹⁹ velde het ook een arrest in de zaak Commissie/België¹⁰⁰. In deze zaak verwijft de Commissie aan België inbreuk op de artt. 5 en 7 van het EG-Verdrag doordat studenten die naar België gekomen zijn om de enkele reden hun studies te volbrengen een minerval moeten betalen in het geval van universitaire en andere studies, alsook dat de terugvordering van de overeenkomstig het arrest Gravier onverschuldigde bijkomende inschrijvingsgelden beperkt wordt in de tijd tot de datum van dit arrest, tenzij de inleiding van de eis dateert van voor kwestieus arrest.

Dit is dus exact hetzelfde probleem dan datgene wat aan bod is gekomen in hoger geciteerde zaken Blaizot en Barra, onder toevoeging dat de Commissie ook aanklaagt dat de rectoren de bevoegdheid werd gegeven bij wet van 21 juni 1985 onder bepaalde omstandigheden de inschrijving van

buitenlandse studenten, ook uit EEG lid-staten, te weigeren. Maar dit laatste had evengoed kunnen aan bod komen in het kader van de prejudiciële procedure.

Belangwekkend is bovendien vast te stellen dat de procedures ex art. 177 EG effect hebben gesorteerd daar zij enerzijds uitspraak hebben gedaan over het al dan niet toekennen van het predikaat beroepsopleiding aan universitaire studies, anderszijds, tot de werking ex tunc van het arrest Gravier besloten hebben. De vordering van de Commissie werd onontvankelijk verklaard daar België niet voldoende tijd werd gelaten om te reageren en zich te confirmeren in het kader van de preliminaire fase van de procedure ex art 169 EG-verdrag, zodat deze procedure geen effect ten gronde heeft gesorteerd. Hier werd het resultaat dus makkelijker bereikt door de prejudiciële vraag, dan wel door het geding ten gronde.

80. Anderzijds is er wel een categorie van inbreuken die zich uitsluitend lenen tot een behandeling in het kader van de procedure wegens verdragsinbreuk, met name inbreuken op bepalingen van het Europees Gemeenschapsrecht die geen directe werking kennen. Zij kunnen immers niet ingeroepen worden voor de hoven en rechtbanken, en vermogen dus niet de procedure ex art. 177 EEG te declencheren.

De term verdrag in de artt. 169 en 170 EEG moet ruim worden geïnterpreteerd. De niet-nakoming van de bij het secundaire recht opgelegde verplichtingen vallen er eveneens onder, aangezien de verbindende kracht van verordeningen, richtlijnen, beschikkingen en door de gemeenschappen gesloten internationale overeenkomsten haar rechtsgrond vindt in de bepalingen van het verdrag.

81. De directe werking van het Gemeenschapsrecht ontslaat de lid-staat echter niet van zijn verdragrechtelijke verplichting uitvoering te geven aan het Europees Gemeenschapsrecht door het waar nodig om te zetten in nationaal recht en op eigen initiatief zijn intern recht aan te passen aan de eisen van het Gemeenschapsrecht. De rechtszekerheid vraagt immers dat de rechtsonderhorigen zich in een zekere rechtsorde kunnen bewegen en zich niet tot de rechtbank moeten wenden om hun rechten erkend te zien. De procedure ex de artt. 169 en 170 EEG sanctioneert deze verplichting van de lid-staten door de procedure wegens laattijdige of onvolledige uitvoering van een richtlijn of verordening, wegens niet-uitvoering van een arrest van het Hof van Justitie, en wegens strijdigheid van intern recht met het Europese Gemeenschapsrecht. De benadering in feite gebiedt echter te zeggen dat de procedures ex de artt. 169 en 170 EEG en ex art 177 EEG in de praktijk dezelfde gevolgen hebben wanneer het direct werkend Europees Gemeenschapsrecht betreft.

De procedure wegens verdragsinbreuk kan immers niet gedwongen ten uitvoer worden gelegd zodat de uitvoering van een arrest afhangt van een autonome beslissing van de lid-staat om te handelen. De lid-staat kan daartoe, en dit blijkt ook zo te zijn, evenzeer besluiten op grond van een arrest in het kader van de procedure wegens verdragsinbreuk dan naar aanleiding van een prejudiciële beslissing van het Hof.

82. De toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht is echter niet alleen zaak van procedures voor het Hof. De bedoeling van art. 5 van het EG-verdrag is dat de lid-staten

⁹⁶ HJEG, 27 maart 1980, zaak 61/79 (Amministrazione delle Finanze Dello Stato / Denkvit Italiana) Juris., 1980, 1205.

⁹⁷ HJEG, 8 april 1976, zaak 43/75 (Defrenne), Juris. 1976, p 455

⁹⁸ HJEG, 2 februari 1988, zaak 24/86 (Blaizot) (nog niet gepubliceerd)

⁹⁹ HJEG, 2 februari 1988, zaak 309/85 (Barra) (nog niet gepubliceerd)

¹⁰⁰ HJEG, 2 februari 1988, 293/85 (Commissie/België) (nog niet gepubliceerd)

het Europees Gemeenschapsrecht zouden naleven zonder dat zij daartoe gedwongen worden.

Een aantal gegevens, zowel op het centrale, dan wel op het niveau van de gewesten en gemeenschappen kunnen dit bemoeilijken, dan wel bevorderen.

83. In het verslag voor het Adviescomité voor Europese aangelegenheden van de Kamer van Volksvertegenwoordigers over de toepassing van het Europese Gemeenschapsrecht door België¹⁰¹ ben ik uitvoerig ingegaan op de praktische organisatie van de tenuitvoerlegging van het Europese Gemeenschapsrecht door België.

De analyse van de praktijken en de besprekingen in het Adviescomité, o.a. met de minister van Buitenlandse Betrekkingen, leidden mij tot het besluit dat één van de primordiale problemen de samenwerking is tussen het Ministerie van Buitenlandse Betrekkingen, dat de gemeenschapsrechtelijke akten die een omzetting vergen ontvangt, en de vakministers op centraal en gewest- en gemeenschapsniveau, waarbij moet worden toegegeven dat de Europese mogelijkheden in hoofde van de vakministeries en de excellenties sterk kunnen verschillen.

De Kabinetsraad heeft, ingaande op de voorstellen van de minister van Buitenlandse Betrekkingen, op 9 mei 1986 beslist dat om de twee maand het Ministerieel Comité voor buitenlands beleid zal overgaan tot een check-up van de stand van de uitvoering en dat wat betreft de coördinatie met de gewesten en de gemeenschappen het Overlegcomité (tussen nationale regering en gewest en gemeenschapsexecutieven) dit eveneens om de twee maanden zou doen. Het valt te betreuren dat in een latere fase de minister van Buitenlandse Betrekkingen aan de Kabinetsraad heeft voorgesteld het ritme van de controle te vertragen, alhoewel daartoe vooralsnog geen enkele aanleiding bestaat.

Een tweede reden moet gezocht worden in het ontoereikend gebruik van het recht in de administratie en in de politieke besluitvorming.

Daarbij spelen een element van niet vertrouwd zijn met de materie, maar zeker ook van onvoldoende besef van de onontkoombaarheid op middellange termijn van het Europees Gemeenschapsrecht en de toepassing die het HJEG ervan maakt. Dit kan wellicht tendele verklaard worden door het feit dat de veroordeling wegens verdragsinbreuk niet gedwongen ten uitvoer kan gelegd worden. Vanwaar een geruststellend gevoel van eigenwaan. De combinatie met de prejudiciële procedure, waardoor indirect iedere rechtzoekende het direct werkend gedeelte van het Europees Gemeenschapsrecht kan invoeren en zich zo nodig van de gezaghebbende uitlegging door het Hof kan verzekeren, maakt dat een negeren van de uitspraak van het Hof uitstel van executie is.

84. Meer dan een jaar na het afsluiten van mijn rapport is de toestand in verband met de toepassing van het Gemeenschapsrecht nauwelijks verbeterd. Sinds 1 januari 1987 werd België 18 maal veroordeeld wegens het onvolledig en of niet tijdig uitvoeren van zijn Europese verplichtingen. Daarnaast werden nog 13 nieuwe zaken ingeleid zodat momenteel 22 zaken hangende zijn voor het Hof. In 36 gevallen heeft de Commissie het nodig geacht een met rede-

nen omkleed advies uit te brengen. Daarnaast heeft de Commissie in 45 gevallen België in gebreke gesteld zijn Europese verplichtingen te vervullen en heeft zij 48 dossiers tegen België in onderzoek. Het einde van de tunnel is dus ook daar niet in zicht.

85. De toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht moet ook bekeken worden in het licht van de specificiteit van de Belgische staatsstructuren zeker nu eraan gedacht wordt daaraan te gaan sleutelen. Ik moge ten deze verwijzen naar mijn eerder geciteerd rapport voor het Adviescomité voor Europese aangelegenheden¹⁰². De lid-staten zijn vrij hun interne staatsordening te organiseren zoals zij dat wensen.¹⁰³ Deze vrijheid is op grond van art. 5 EEG (Bundestreue) echter niet onbeperkt, en mag de goede werking van de Gemeenschap niet compromitteren. Het arrest van het Hof van 21 juni 1979 in de zaak Atlanta-Amsterdam¹⁰⁴ zegt daarover: «Les Etats membres peuvent repartir entre plusieurs institutions nationales le soin de prendre les diverses mesures d'exécution nécessaires. Dans cette hypothèse, il incombe toutefois aux dites institutions nationales de veiller à assurer, par des moyens appropriés, la coordination des mesures qu'elles adoptent de façon à ne pas compromettre le bon fonctionnement de l'organisation du marché».

Hierbij stellen zich voornamelijk twee vragen:

- a/ welke overheid is of welke overheden zijn, uitsluitend of gezamenlijk, bevoegd;
- b) hoe de uitvoering verzekeren.

86. De overheid bepalen die bevoegd is, is vaak geen eenvoudige aangelegenheid. De grondwetsherziening van 1980 en speciaal de bijzondere wet van 8 augustus 1980 organiseren een structuur van exclusieve bevoegdheden met gewild vage begrenzingen, aangevuld door een systeem van residuaire bevoegdheden van het centraal gezag, implied powers en equivalentie van normen. De bijzondere wet van 1980 voorziet in procedures voor zowel preventie van bevoegdheidsconflicten (Overlegcomité), als voor beslechting ervan door de rechter (Arbitragehof).

Blijft dat bij de herziening van de Grondwet een grondige herschikking van de bevoegdheden zich opdringt in de zin van welomlijnde volledige bevoegdheidspakketten te situeren op centraal, dan wel op gewest- of gemeenschapsniveau. Overigens is op centraal niveau het bepalen van de bevoegde vakminister ook geen gemakkelijke klus wegens de constant wisselende opdeling van de bevoegdheden in de centrale regering, en de steeds verdergaande fragmentatie van de pakketten.

87. Op het vlak van de mechanismen die de uitvoering van het Europees Gemeenschapsrecht moeten verzekeren, dient een onderscheid gemaakt tussen preventieve procedures en procedures om te verhelpen aan de tekortkomingen van de Gewesten en de Gemeenschappen.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ HJEG, 25 mei 1982, zaak 87/81 (Commissie/Nederland) Juris. 1982, p. 1819.

¹⁰⁴ CJCE, 21 juni 1979, aff. 248/78, (Atlanta-Amsterdam bv), Rec. 1979, 2137.

¹⁰¹ Kamer/nr. 20 - 739/1 - 86/87.

Het belang van de preventie kan nauwelijks overschat worden. Niet of nauwelijks betrokken bij de besluitvorming over het Belgisch standpunt en de totstandkoming zelve van de communautaire wetgeving, zijn de Gewesten en de Gemeenschappen ook niet gemotiveerd om het Europees gemeenschapsrecht daadwerkelijk om te zetten.

In het wettelijk arsenaal zijn de nodige bepalingen voorhanden om uitvoering te geven aan samenwerkingsprocedures tussen centrale overheid enerzijds, Gewesten en Gemeenschappen anderzijds, bij de totstandkoming van het Europees Gemeenschapsrecht. Art. 81 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bepaalt dat «In de aangelegenheden waarvoor de Raad bevoegd is, zijn Executieve betrokken wordt bij de onderhandeling van de internationale akkoorden, ...»¹⁰⁵.

Mutatis mutandis moet dit gelden voor de totstandkoming van de communautaire wetgeving, daar deze haar rechtsgrondslag vindt in het verdrag. Maar het kan aangevoerd worden dat bij wijziging van de bijzondere wet van 1980 te specificeren gezien de grote terughoudendheid van de centrale overheid op dit vlak.

Hierbij kan gedacht worden aan het opnemen van vertegenwoordigers van de Gewest- en Gemeenschapsexecutieven in het Coreper.

Melchior¹⁰⁶ gaat zelfs verder en suggereert dat de regionale vertegenwoordigers zitting zouden hebben in de Belgische delegatie in de Raad.

88. Sinds de staatshervorming van 1980 en de bijzondere wet van 8 augustus 1980 hebben de Gewesten en de Gemeenschappen een belangrijke rol te vervullen in de tenuitvoerlegging van het Europees Gemeenschapsrecht voor die materies die onder hun bevoegdheid vallen. Het betreft in eerste instantie de Gewesten gelet op hun belangrijke bevoegdheden op sectorieel economisch gebied, en op het vlak van het milieubeleid, landinrichting, energiebeleid en tewerkstelling.

Maar ook de Gemeenschappen hebben bevoegdheden die raakvlakken vertonen met de werksfeer van de Europese instellingen.

De bijzondere wet 1980 bepaalt in art. 6, par. 1, VI, 4e; uitdrukkelijk dat de Gewesten bevoegd zijn voor de wettelijke economische expansie «met inachtneming van de regelen en de procedures vastgesteld door of krachtens de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen». In dit geval is de centrale overheid bevoegd om bij wet of KB het Europees kader te omschrijven dat in acht moet genomen worden. Hetzelfde geldt telkens in de bijzondere wet sprake is van uitoefening van bevoegdheden binnen het kader van «organieke wetgeving» (art. 5, par 2) of «met eerbiediging van wettelijke en sectoriële normen (art. 6, par. 1, II, 1°), of indien er sprake is van bevoegdheid» onverminderd de regels voorgeschreven in het kader van de nationale politiek» (art. 6, par. 1, VI, 3°), en a

fortiori geldt dit in de gevallen waar maatregelen van de Gewesten en Gemeenschappen onderworpen zijn aan goedkeuring door de centrale overheid.¹⁰⁷ Voor de gevallen waar de bijzondere wet geen enkel voorbehoud maakt voor de bevoegdheid van de Gewesten en de Gemeenschappen beschikt de centrale overheid over geen enkel dwingend middel om de tenuitvoerlegging van het Europees Gemeenschapsrecht te verzekeren, maar er kunnen ook problemen rijzen waar er sprake is van «gedeelde» uitvoeringsbevoegdheid.

Hoe ingewikkeld dit alles is blijkt bv. uit de case study van de toepassing van de Europese milieuriichtlijnen door België¹⁰⁸.

De bescherming van het leefmilieu moet gebeuren met eerbiediging van de wettelijke algemene en sectoriële normen (art. 6, par. 1, II, 1°), maar bv. de ophaling en verwerking van afvalstoffen (art. 6, par. 1, II, 2°) kent geen enkel voorbehoud.

89. In dit verband stelt zich de vraag naar procedures waardoor de centrale overheid kan verhelpen aan tekortkomingen van de Gewesten en de Gemeenschappen in de toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht, om haar aldus in staat te stellen aan haar verplichtingen in het kader van art. 5 EEG te voldoen.

90. Hier kan gedacht worden aan een evocatierecht van de centrale overheid wanneer het Gewest of de Gemeenschap nalaat een bepaling van het Europees Gemeenschapsrecht tenuitvoer te leggen. Een en ander moet grondig bestudeerd worden, o.a. wat betreft het tijdstip waarop het evocatierecht kan uitgeoefend worden (na ingebrekestelling van de centrale overheid door de Europese instellingen? Na verloop van een nader te bepalen periode?), en de voorwaarden waaronder het kan worden toegepast (het invoeren door de centrale overheid van zijn eigen verplichtingen bv.).

Indien het gaat over niet-uitvoeren van Europees Gemeenschapsrecht kan een dergelijk mechanisme wellicht geïntroduceerd worden door wijziging van de bijzondere wet van 1980, daar art. 5 EEG een voldoende rechtsgrondslag biedt. Er is evenwel geen enkele reden om bij introductie dit evocatierecht te beperken tot het Europees Gemeenschapsrecht daar een zelfde probleem zich kan stellen voor de uitvoering door de Gewesten en de Gemeenschappen van internationale verdragen (op het vlak van de bescherming van het milieu bv.). Alsdan lijkt een grondwetswijziging noodzakelijk.

Een aantal federale staten voorzien in een vergelijkbaar mechanisme. Erop ingaan kan niet in het bestek van dit preadvies.¹⁰⁹

91. Een tweede mechanisme, op het jurisdictionele vlak, zou erin kunnen bestaan het Arbitragehof bevoegdheid te verlenen decreten en reglementaire besluiten van de executieven te vernietigen die indruisen tegen het Europees Ge-

¹⁰⁵ Zie daarover: GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J. en ERGEC, R., *Les relations extérieures des Etats à système constitutionnel régional ou fédéral, rapport général présenté au XIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Sidney, 18-27 août 1986.

¹⁰⁶ MELCHIOR, M., *La région de la Communauté Européenne, Etudes et Expansion*, 1977, 601 e.v.

¹⁰⁷ Verslag DE GUCHT, Kamer, nr. 20-739/1-86/87, p. 31-35.

¹⁰⁸ *ibid.*

¹⁰⁹ Zie GANSHOF VAN DER MEERSCH, en ERGEC, o.c.

meenschapsrecht, en dit op het uitsluitende verzoek van de centrale overheid.

Bij de grondwetsherziening van 1980 zijn op een bepaald ogenblik projecten naar voor geschoven die het Arbitragehof een prejudiciële bevoegdheid zouden verleend hebben om uitspraak te doen over de overeenstemming van de wet en de decreten met het «internationaal en supranationaal» recht.

Een heftige reactie van de rechtswereld¹¹⁰ zorgde ervoor dat de regering haar ontwerp introk. Een en ander was inderdaad flagrant in tegenstrijd met het arrest Simmenthal van het Hof van Justitie en het Ski-arrest van het Hof van Cassatie, die in alle klaarte de primauteit van het Europees recht en de directe werking ervan stellen, die maakt dat «de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het Europese Gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking van deze normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de - zelfs latere - nationale wetgeving buiten toepassing latend, zonder dat hij de voorgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enig andere constitutionele procedure hoeft te vragen of af te wachten»¹¹¹.

De thans gesuggereerde oplossing doet aan het interpretatiemonopolie van het Hof en de autonome toepassing van de direct werkend Europees recht door de rechter geen afbreuk, maar verleent aan de rechtsonderhorigen een bijkomende bescherming. Om de directe werking in te roepen moet hij zich immers wenden tot de rechter, en van rechten moet men ook buiten de rechter om kunnen genieten. Bovendien mag men niet vergeten dat het conflict zich ook kan situeren tussen niet direct werkend Europees Gemeenschapsrecht en regionale wetgeving, en daar staat de nationale rechter machteloos.

92. Ten slotte past het volgende relativerende bemerking te maken over de moeilijkheden bij de toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht ten gevolge van de staatshervorming.

De Belgische Staat heeft voor het HJEG meermaals ter rechtvaardiging van het niet-nakomen van de op hem rustende verplichtingen het argument van de gewijzigde interne rechtsorde ingeroepen, o.a. in de zaken 68, 69, 70, 71, 72 en 73/81 wegens het niet tijdig uitvoeren van milieu-richtlijnen.¹¹²

Volgens een constante rechtspraak van het Hof van Justitie kan een lid-staat zich niet steunen op dergelijke argumentatie om te ontsnappen aan zijn verplichtingen¹¹³.

¹¹⁰ Zie SCHRANS, G., & MARESCEAU, M., Het Europees recht vergeten bij de Staatshervorming, R.W., 1980-1981, 281-296; en: LOUIS, J.-V., Cour d'Arbitrage, droit international et droit communautaire, JT, 1980, 436.

¹¹¹ HJEG, 9 maart 1978, zaak 106/77 (SimmenthalL, Juris. 1978, 629.

¹¹² HJEG, 2 februari 1982, zaken 68, 69, 70, 71, 72 en 73/81, (Commissie/België) Juris 1982, 153 e.v.

¹¹³ HJEG, 10 november 1981, zaak 28 en 29/81 (Commissie/Italië) juris 1981, 2585. HJEG 13 oktober 1981, zaak 252/80 (Commissie/Italië) Juris 1981, 2373. HJEG, 17 februari 1981, zaak 133 & 171/80 (Commissie/Italië) Juris 81, 457.

Daarenvoren merkte advocaat-generaal Capotorti terecht op dat de Belgische regering in ieder geval slecht geplaatst is om dergelijke argumentatie te ontwikkelen, gezien ze de termijn van uitvoering heeft laten verstrijken op een ogenblik dat deze materie nog exclusief tot de nationale bevoegdheid behoorde, m.a.w. voor de staatshervorming van 1980. De Belgische Staat werd dan ook bij arresten van 2 februari 1982 veroordeeld.

Voor 4 van deze 6 richtlijnen is België een tweede maal veroordeeld bij arresten van 14 januari 1988, dit wegens het niet uitvoeren van de vorige arresten van het Hof¹¹⁴.

93. Een delicaat probleem vormen de steunmaatregelen verstrekt door de Gewesten in uitvoering van art. 6 par. 1, VI, nr. 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Deze moeten verleend worden met «inachtneming van de regelen en de procedures vastgesteld door of krachtens de verdragen tot oprichting van de EEG». Krachtens de artt. 92 en 93 van het EG-Verdrag zijn de lid-staten verplicht de omvang van de door hen verleende steun kenbaar te maken aan de Europese Commissie. In de huidige stand van zaken is dit onmogelijk voor de Belgische regering. Het is daarom noodzakelijk dat de Gewesten aan de nationale regering de omvang van de door hen verleende subsidies meedelen, om de regering in staat te stellen zijn verplichtingen ten opzichte van de Europese Commissie na te komen¹¹⁵.

In het stelsel van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn de Gewesten daartoe niet verplicht. Het verdient dan ook aanbeveling dat bij de herziening van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 een informatieplicht in hoofde van de Gewesten zou worden ingeschreven. Dergelijke informatieplicht is niet van aard de bevoegdheden van de Gewesten aan te tasten, en stelt anderzijds de centrale overheid in staat haar verplichtingen in het kader van de artt. 92 en 93 EG-Verdrag na te komen.

94. De publieke opinie en naar men mag aannemen ook de politieke klasse moet zich de laatste weken wel stilaan bewust worden dat het Europees Gemeenschapsrecht niet zomaar kan genegeerd worden. In het arrest Bara¹¹⁶ heeft het HJEG een bijkomende uitleg gegeven aan het arrest Gravier¹¹⁷ over de betaling van een minerval door buitenlandse studenten die een beroepsopleiding volgen, en daarin besloten tot werking ex tunc van dit arrest. Een prejudicieel arrest heeft immers werking ex tunc tenzij het Hof in het arrest zelf wegens uitzonderlijk omstandigheden uitdrukkelijk hiervan afwijkt (zie supra 78), quod non. Hof in het arrest zelf wegens uitzonderlijk omstandigheden uitdrukkelijk hiervan afwijkt (zie supra 78), quod non.

Bijgevolg kan iedereen in een vergelijkbare situatie om teruggave verzoeken van de ten onrechte betaalde bijkomende inschrijvingsgelden. Bij arrest van het HJEG van 4

¹¹⁴ HJEG, 14 januari 1988, zaak 227, 228, 229, 230/85 (Commissie/België) (Nog niet gepubliceerd)

¹¹⁵ MARESCEAU, M., De gewestvorming en het Europees Recht, Gent, 1985

¹¹⁶ Zie supra (99).

¹¹⁷ HJEG, 13 februari 1985, zaak 293/83, (Gravier), Juris 1985, 593.

februari 1988¹¹⁸ werd België veroordeeld wegens het niet-conform uitvoeren van het arrest van het Hof van 10 april 1984¹¹⁹ betreffende de BTW op nieuwe voertuigen.

Het probleem is intussen voldoende bekend. In kort bestek: de wet van 31 juli 1984 heeft de BTW op het verschil tussen de catalogusprijs en de werkelijk betaalde prijs en die het arrest van het HJEG strijdig met de 6e BTW-richtlijn had verklaard, vervangen door een inschrijvingstaks aan hetzelfde percentage.

Het Hof oordeelde nu zoals te verwachten viel dat dit geen correcte uitvoering was van haar vorig arrest. Hier opnieuw zijn de budgettaire gevolgen aanzienlijk.

De betwisting tussen België en de Europese Commissie over de gelijke berechtiging van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid zou nog verstrekkender gevolgen kunnen hebben.¹²⁰ De Commissie achtte het KB van 24 december 1980, gewijzigd bij KB van 30 maart 1982, in strijd met de richtlijn van de Raad van 19 december 1978, betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zeker-

heid¹²¹, daar bedoelde wetgeving uitgaat van de notie gezinshoofd, en aldus een indirecte discriminatie zou inhouden ten opzichte van de werkloze vrouwen. Slechts 5% van de werkloze vrouwen zijn gezinshoofd, tegen 29% van de werkloze mannen.

Op 24 oktober 1985 bracht de Commissie een met redenen omkleed advies (MROA) uit. Nadat de regering in het Pinksterplan de geldende bepalingen had aangepast maar in de optiek van de Commissie niet op een wijze die aan de eisen van het Europees Gemeenschapsrecht beantwoordde, stuurde de Commissie de Belgische regering op 17 juli 1987 een nieuwe schriftelijke aanmaning.

Men mag aannemen dat een MROA volgt. De termijn voor uitvoering van kwestieuze richtlijn is sinds eind 1984 verstreken zodat België reeds 3 jaar tekortschiet. De gevolgen van een eventuele veroordeling door het Hof zijn niet te overzien.

Het is dan ook de hoogste tijd dat regering en parlement overgaan tot een globale evaluatie van onze verplichtingen ten opzichte van het EEG-Verdrag. Dat bespiegelingen van financiële aard, veeleer dan een Europees rechtsbesef daartoe aanleiding zullen geven kan ons misschien ontgoochelen, maar ligt wellicht in de aard der dingen besloten.

KAREL DE GUCHT

¹¹⁸ HJEG, 4 februari 1988, zaak 391/85, (Commissie/België) (nog niet gepubliceerd).

¹¹⁹ HJEG, 10 april 1984, zaak 324/82, (Commissie/België) Juris 1984, 1861.

¹²⁰ Ibid (107) p. 74-78; en ook: Advies van de Commissie Juridische zaken en rechten van de burger van het EP, over de gelijk-berechtiging van man en vrouw in de sociale zekerheidswetgeving in België, rapport DE GUCHT, PE 100.927/def.

¹²¹ Richtlijn 79/7/EEG, PBL nr. 6, 10 januari 1979.

AANSPRAKELIJKHEID VAN DESKUNDIGEN EN SCHEIDSLIEDEN

INHOUD

I. Aansprakelijkheid van de deskundige

- A. Afbakening tot het gerechtelijk deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken als maatregel alvorens recht te doen.
- B. Toepasselijke bepalingen en overzicht van de uiteenzetting.
- C. Fouten in de loop van het deskundigenonderzoek.
 - 1. Overzicht
 - 2. Reden van wraking
 - 3. Termijn voor het indienen van het verslag
 - 4. Termijn voor het indienen van het verslag: van het gemene recht afwijkende regelingen
 - 5. Eerbiediging van het contradictoir kenmerk
 - 6. Strafrechtelijk misdrijf: schending van het beroepsgeheim
 - 7. Pleegvormen van het verslag
- D. Fouten in het verslag.
 - 1. Soorten fouten
 - 2. Aansprakelijkheidsnorm
 - 3. Oorzakelijk verband
 - 4. Aanwenden van procesrechtelijke middelen
 - 5. Schade niettegenstaande het aanwenden van procesrechtelijke middelen
 - 6. Een voorbeeld
- E. Aansprakelijkheid van de Staat of de rechter
- F. Besluit.

II. Aansprakelijkheid van de scheidsman

- A. Toepasselijke wetsbepalingen.
- B. Fouten in de wijze waarop de uitspraak tot stand komt.
 - 1. Overzicht
 - 2. Redenen van wraking en uitsluiting
 - 3. Gronden van vernietiging van een scheidsrechterlijke uitspraak vermeld in art. 1704, lid 2.
 - 4. Termijn om uitspraak te doen
 - 5. Strafrechtelijke misdrijven
 - 6. Zorgvuldigheidsnorm
 - 7. Bijkomende voorwaarde opdat de fout tot aansprakelijkheid aanleiding zou kunnen geven: aanwenden van procesrechtelijke middelen
- C. Inhoud van de uitspraak.
 - 1. Jurisdictionele functie
 - 2. Rechtsleer
 - 3. Aansprakelijkheidsnorm
 - 4. Verantwoording
 - 5. Geen resultaatsverbintenis
 - 6. Amiable compositeurs
- D. Besluit.

I. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE DESKUNDIGE

A. Afbakening tot het gerechtelijk deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken als maatregel alvorens recht te doen

1. Bij de behandeling van de aansprakelijkheid van de deskundigen is het vanzelfsprekend niet de bedoeling om de professionele aansprakelijkheid van elke vakman te onderzoeken. Met een deskundige wordt degene bedoeld aan wie een opdracht van technische aard wordt toevertrouwd, bestaande in het verrichten van vaststellingen of het verlenen van een advies, door een of meer partijen, of door een magistraat of een scheidsrechter. De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de deskundige die door partijen is aangesteld, wordt teweegegebracht door de tekortkoming in de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen. Hier wordt verder enkel aandacht besteed aan de aansprakelijkheid van de gerechtelijke deskundige die wordt aangesteld in het raam van een gerechtelijke of scheidsrechterlijke procedure.

2. In burgerlijke zaken moet een verder onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het deskundigenonderzoek als maatregel alvorens recht te doen, ter oplossing van een voor de rechter gebracht geschil, of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, geregeld door de artt. 962 e.v. Ger. W.¹, en anderzijds de opdracht, door de rechter aan een deskundige toevertrouwd, om vaststellingen te verrichten, toezicht uit te oefenen of zelfs medewerking te verlenen betreffende de uitvoering van een rechterlijke beslissing houdende een bevel om iets te doen, bijvoorbeeld een aannemingsovereenkomst in natura uitvoeren. Eerstgenoemde vorm is de meest gebruikelijke, en zal het voorwerp zijn van ons verder onderzoek². De aanstelling van een deskundige met het oog op de uitvoering van een rechterlijke beslissing is in ons land minder bekend, althans nauwelijks onderzocht³. Artt. 962 e.v. lijken niet zonder meer toepasselijk te zijn. De aansprakelijkheid van deze deskundige is afhankelijk van de juiste aard van zijn opdracht. Er zijn bovendien geen bijzondere problemen van oorzakelijk verband, zoals bij de maatregel alvorens recht te doen.

3. Ten slotte zal ons verder onderzoek evenmin betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de deskundige in strafzaken. Hoewel het ook hier een aan de beslissing van de magistraat voorafgaande onderzoeksmaatregel betreft,

¹ Behoudens andersluidende vermelding wordt in het vervolg van de tekst naar artikelen van het Gerechtelijk Wetboek verwezen, zonder dat dit laatste telkens herhaald wordt.

² Zie over dit deskundigenonderzoek in het algemeen: CLOQUET, A., *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, A.P.R., Gent, Story Scientia, 1975, 255 p.; FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987, nrs. 511-548, pp. 379-396; LURQUIN, P., *Traité de l'expertise en toutes les matières*, I, Brussel, Bruylant, 1985, nrs. 67-350, pp. 67-317.

³ GLANSORFF, F. en BOUCHE, A., «Le rôle de l'expert dans la réparation en nature», *T. Aann.*, 1986, 48-54; FLAMME, P., «Observations sous Cass. fr. 20 juin 1984», *T. Aann.*, 1987, 53-54; in Frankrijk, zie recent REMERY, J.P., «Le rôle du technicien commis par le juge dans la réalisation de travaux ordonnés ou autorisés en justice», *Receuil Dalloz Sirey*, 1986, chron., 285, met verwijzingen.

is het verschil met de maatregel alvorens recht te doen van het Gerechtelijk Wetboek te belangrijk om nog een gezamenlijke behandeling te verantwoorden. Het deskundigenonderzoek in strafzaken wordt immers niet beheerst door de artt. 962 tot 991, maar door de regels toepasselijk op het strafproces, ook als het een maatregel alvorens recht te doen over louter burgerlijke belangen betreft⁴. Een wezenlijk verschilpunt is het eenzijdig of niet contradictoir karakter⁵. Overigens zijn slechts enkele verplichtingen van de deskundige, zoals de aanvaarding van de opdracht en de eedaflegging, wettelijk geregeld⁶.

B. Toepasselijke bepalingen en overzicht van de uiteenzetting

1. Met de deskundige wordt dus voortaan enkel nog degene bedoeld die door de burgerlijke rechter gelast wordt vaststellingen te doen of een technisch advies te geven, ter oplossing van een voor de rechter gebracht geschil of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, zoals bepaald door art. 962.

Zijn aansprakelijkheid wordt beheerst door de artt. 1382 en 1383 B.W.⁷. Overeenkomstig de thans gangbare opvatting ter zake begaat hij dus een fout, hetzij door een tekortkoming aan een welomschreven wettelijk gebod of verbod, hetzij door overtreding van de zorgvuldigheidsnorm die hem oplegt te handelen als een normaal omzichtig en redelijk deskundige geplaatst in dezelfde externe omstandigheden⁸.

⁴ Bv. Cass., 9 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 160; Cass., 17 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 343; Cass., 20 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 482; DECLERCQ, R., «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht/strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, 57, nr. 37.

⁵ FRANCHIMONT, M., *Cours de procédure pénale*, III, Luik, Presse Universitaire de Liège, 1985, 556-558; HUTSEBAUT, F., «Het deskundigenonderzoek in strafzaken», in *Strafprocesrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1986, 144-146, nrs. 62-64; LURQUIN, P., o.c., II, Brussel, Bruylant, 1987, nr. 539, pp. 33-34; PIEDBOEUF, F., «L'expertise et la réparation du dommage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, (273) 301-306.

⁶ HUTSEBAUT, F., o.c., 134-139, nrs. 42-53; LURQUIN, P., o.c., II, nrs. 509-510, pp. 9-13.

⁷ Zie over de aansprakelijkheid van de gerechtelijke deskundige in het algemeen: ANDRÉ, R., *Les responsabilités*, II, Brussel, 1981, nr. 466, pp. 671-676; CLOQUET, A., o.c., nrs. 589-602, pp. 203-208; DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, I, *Les causes de la responsabilité*, in *Les Nouvelles, Droit civil*, V-1, Brussel, Larcier, 1967, nrs. 907-920, pp. 344-346; GUTT, E. en LINSMEAU, J., «Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé (1971-1978)», *R.C.J.B.*, 1983, (63) 151; LURQUIN, P., o.c., I, nrs. 260-267, pp. 240-249; PIEDBOEUF, F., o.c., 282-285; *R.P.D.B.*, v° «Expert - expertise», nrs. 178-183; in Frankrijk: DAIGRE, J.J., «La responsabilité civile de l'expert judiciaire», *Revue des huissiers de justice*, 1986, 487-497; *Dalloz, Répertoire de procédure civile*, t. II, v° «Mesures d'instruction confiées à un technicien», nrs. 478-500; DOLL, P.J., «De la responsabilité des experts judiciaires», *Receuil Dalloz Sirey*, 1966, chron., 47-54; PRADEL, J., «La responsabilité pénale de l'expert judiciaire», *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1986, 247-261.

⁸ Zie over de aansprakelijkheidsnorm, met verwijzingen, VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, en Brussel, CED

Hij is tevens aansprakelijk voor de fouten van de aange-stelden waarop hij in de loop van de expertiseverrichtingen een beroep zou doen, overeenkomstig art. 1384, derde lid, B.W.

2. Bij het bespreken van enkele kenmerkende fouten is het nuttig voor ogen te houden welke materiële schade de tekortkoming kan veroorzaken.

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen fouten betreffende de verplichtingen die op de deskundige rusten in de loop van het deskundigenonderzoek en bij het naleven van vormvereisten van het verslag enerzijds (zie hieronder C), en fouten betreffende de inhoud van de opdracht en dus van het verslag anderzijds (zie hieronder D).

Fouten van de deskundige in de loop van het deskundigenonderzoek en bij de pleegvormen van zijn verslag zijn veelal slechts de oorzaak van vertraging en kosten, in zoverre zij moeten worden rechtgezet opdat het verslag als bewijsmiddel kan worden gebruikt. Deze fouten kunnen echter ook tot gevolg hebben dat, door het weren uit het beraad van een expertiseverrichting die door een onregelmatigheid is aangetast, bepaalde vaststellingen, die nochtans noodzakelijk zijn voor het bewijs van de vordering of het verweer, niet meer kunnen worden verricht⁹. In dit laatste geval bestaat de schade in het verlies van de mogelijkheid voor de eiser om zijn vordering gegrond te horen verklaren, eventueel van de verweerder om de vordering te horen afwijzen.

Fouten van de deskundige in zijn verslag kunnen tot gevolg hebben dat een of meer partijen een minder gunstige rechterlijke beslissing krijgen dan het geval geweest zou zijn bij afwezigheid van de fout.

3. Op de benadeelde partij rust de verplichting tot beperking van zijn schade. Het schuldig verzuim deze verplichting na te komen is een eigen fout van de benadeelde, die, in verhouding tot de ernst van beide fouten, tot gedeelde aansprakelijkheid, of zelfs, indien de feitenrechter beslist dat slechts de eigen fout de schade heeft veroorzaakt, tot gehele vrijstelling van de aansprakelijk gestelde partij kan leiden¹⁰.

A. Van Oevelen heeft aangetoond welke betekenis de schadebeperkingsplicht heeft voor de procespartij die een aansprakelijkheidsvordering wil instellen tegen de Staat wegens foutief rechterlijk optreden¹¹. Zijn besluit is dat deze partij de procesrechtelijke middelen die haar ter beschikking staan om fouten in rechterlijke beslissingen te herstellen, volledig dient aan te wenden, althans in zoverre zij tot herstel van de geleden schade kunnen leiden. Pas daarna zou zo nodig nog een vordering tot schadevergoeding kunnen worden ingesteld.

Samsom, 1987, nr. 150, pp. 172-174; sindsdien: VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», *T.P.R.*, 1987, (1255) 1266-1318, nrs. 3-30.

⁹ CLOQUET, A., o.c., nr. 592, p. 204; Tribunal de Grande Instance de Nantes, 6 maart 1985, *Gazette du Palais*, 5-7 mei 1987, 15, noot M. CARATINI, vooral op p. 18, tweede kolom.

¹⁰ Zie de verwijzingen bij VAN OEVELEN, A., o.c., nr. 795, pp. 815-817, en voetnoten 82-85; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1541-1559, nrs. 179-188.

¹¹ VAN OEVELEN, A., o.c., nr. 756, pp. 775-777 en nrs. 793-795, pp. 814-817.

Het komt mij voor dat dezelfde schadebeperkingsplicht bestaat voor de procespartij die benadeeld wordt door het optreden van de deskundige. Hierna zal dan ook op het aanwenden van procesrechtelijke middelen tot beperking of herstel van de schade gewezen worden.

4. Indien betaling van een geldsom de enig mogelijke vorm van schadevergoeding is, kan deze nog de vorm aan-nemen van de begroting op een lager bedrag van het honorarium van de deskundige¹².

C. Fouten in de loop van het deskundigenonderzoek

1. Overzicht

De regels die het verloop van het deskundigenonderzoek beheersen, inzonderheid de artt. 962 tot 991, bevatten wel-omschreven normen die de deskundige een bepaalde handelwijze of onthouding opleggen. Het niet-naleven ervan is onder voorbehoud van de toerekenbaarheid en het bestaan van een rechtvaardigingsgrond op zichzelf foutief. Daarnaast dient de deskundige tevens de zorgvuldigheidsnorm in acht te nemen. Enkele voorbeelden, die chronologisch het verloop van het deskundigenonderzoek volgen, kunnen dit nader illustreren.

2. Aanvaarden van de opdracht

Nadat de deskundige van zijn aanstelling op de hoogte is gebracht door toedoen van de meest gerede partij, dient hij zo snel mogelijk te laten weten of hij de opdracht aanvaardt. Zo ja, dan moet hij binnen acht dagen aan de rechter en de partijen plaats, dag en uur laten kennen waarop hij zijn werkzaamheden zal aanvangen (art. 965)¹³. Een ongerechtvaardigde vertraging in de aanvaarding of weigering van de opdracht is een tekortkoming aan de zorgvuldigheidsnorm¹⁴, terwijl de niet-naleving van de termijn van acht dagen een overtreding is van een welomschreven gebod.

Is de opdracht eenmaal aanvaard, dan dient de deskundige ze ook uit te voeren¹⁵.

3. Reden van wraking

De deskundige, die kan worden gewraakt om dezelfde redenen als de rechters (art. 828)¹⁶, moet, wanneer hij weet

¹² Luik, 26 november 1981, *Jur. Liège*, 1982, 46: geen honorarium wanneer een onbruikbaar verslag uit de debatten geweerd wordt; Rb. Brussel, 17 februari 1886, *Pas.*, 1888, III, 192: geen honorarium plus schadevergoeding wegens een verslag buiten de opdracht na drie en een half jaar; Rb. Luik, 10 juni 1958, *Pas.*, 1959, III, 62: vermindering van het honorarium wegens traagheid; CLOQUET, A., o.c., nr. 562, p. 190 met verwijzingen; LURQUIN, P., o.c., I, nr. 220, pp. 204-206.

¹³ Zie, in het algemeen CLOQUET, A., o.c., nr. 267-276; LURQUIN, P., o.c., I, nrs. 105-106, pp. 104-105.

¹⁴ Rb. Antwerpen, 29 september 1975, *R.W.*, 1975-76, 937.

¹⁵ Vred. St.-Gillis, 20 februari 1907, *J.T.*, 1907, 285; het principe wordt tevens gesteld in Vred. Deurne, 27 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 249, *T. Vred.*, 1975, 141.

¹⁶ Zie, in het algemeen, CLOQUET, A., o.c., nr. 149-190, pp. 67-80; LURQUIN, P., o.c., I, nrs. 111-129, pp. 109-118.

dat er tegen hem een reden tot wraking bestaat, dit aan partijen mee delen. Immers, verlenen partijen hem geen vrijstelling, dan moet hij zich van de zaak onthouden (art. 967). Indien de deskundige partijen niet tijdig van de wrakingsgrond op de hoogte brengt, is het mogelijk dat de expertiseverrichtingen geheel of gedeeltelijk moeten worden overgedaan, nadat partijen van de wrakingsgrond kennis gekregen hebben, en op dat tijdstip van de mogelijkheid tot wraking gebruik willen maken. Een partij mag immers zelfs na de eerste bijeenkomst van het deskundigenonderzoek een wraking voordragen, indien zij pas nadien kennis heeft gekregen van de wrakingsgrond (art. 969).

3. Termijn voor het indienen van het verslag

De deskundige die de opdracht aanvaardt, is verplicht zijn verslag in te dienen ter griffie binnen de termijn bepaald in het vonnis waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen (art. 963), al dan niet verlengd door partijen (art. 975) of door de rechter (art. 976)¹⁷. De niet-naleving van deze termijn is een inbreuk op een welomschreven gebod¹⁸.

Het verdient aanbeveling de termijn te laten aanvangen wanneer de deskundige in staat is zijn opdracht uit te voeren, bijvoorbeeld nadat hij van de meest gereede partij het dossier ontvangen heeft¹⁹. Heeft de rechter wel de termijn doch niet de aanvangsdatum gepreciseerd, dan verzet de wet er zich niet tegen dat voormelde regel ook toegepast wordt. De deskundige kan immers niet aansprakelijk gesteld worden voor de vertraging die het gevolg is van een laattijdige kennisgeving of het stilzitten van partijen bij het overhandigen van de stukken.

Vreest de deskundige zijn verslag niet te kunnen inleveren binnen de termijn in het vonnis bepaald, dan kan hij in de eerste plaats de partijen om een termijnverlenging verzoeken (art. 975). Dit verzoek kan twee vormen aannemen: ofwel een verlenging met een bepaalde termijn, ofwel de vrijstelling van de naleving van enige termijn.

Zoals bekend is het verzoek van de deskundige bij de aanvang van zijn verrichtingen om niet door de termijn in het vonnis vastgesteld gebonden te zijn gebruikelijk. Partijen gaan doorgaans in op dat verzoek, uit bezorgdheid om de deskundige in dit stadium niet tegen zich te keren. Het komt mij voor dat een van de partijen, hoewel zij bij de aanvang van het deskundigenonderzoek de deskundige van de naleving van de termijn heeft vrijgesteld, later toch nog een vordering tot betaling van schadevergoeding tegen de deskundige kan richten wegens de fout die erin bestaat de termijn niet te hebben nageleefd zonder van partijen of de rechter een termijnverlenging te hebben gekregen. Deze termijn kan immers door partijen of door de rechter alleen

maar verlengd worden. In de mogelijkheid tot vrijstelling van de naleving van de termijn is wettelijk niet voorzien. Overeenkomstig art. 863, 1°, wordt de procespartij geacht nadeel te ondervinden van de niet-naleving van een termijn, ook al is deze niet op straffe van verval of nietigheid voorgeschreven²⁰. Hieruit kan afgeleid worden dat de wettelijke bepalingen die op de bedoelde termijn betrekking hebben, dwingend recht zijn, zodat het niet mogelijk is van de naleving ervan op voorhand af te zien. De deskundige die de termijn te kort vindt, kan dus naar mijn oordeel slechts het risico van de quasi-delictuele aansprakelijkheid vermijden door hetzij van partijen, hetzij van de rechter een termijnverlenging te krijgen.

Indien een van de partijen weigert op het verzoek tot termijnverlenging in te gaan, moet de deskundige, om een termijnverlenging te kunnen krijgen, zich bij een met redenen omkleed schrijven tot de rechter wenden (art. 975)²¹. Deze kan de verlenging evenwel slechts voor het einde van de oorspronkelijke termijn toestaan. De rechterlijke verlenging mag niet langer zijn dan de oorspronkelijke termijn, en is eenmalig, behalve om gewichtige redenen en bij een met redenen omklede beschikking (art. 51).

Weigert de rechter de verlenging toe te staan, dan moet hij de deskundige van zijn opdracht ontheffen en een nieuwe benoemen. De vervangen deskundige kan tot schadevergoeding aan partijen gehouden zijn (art. 976), wegens de fout die bestaat in het niet-naleven van de vastgestelde termijn.

Ten slotte moet de invloed van de schadebeperkingsplicht nagegaan worden. De meest gereede partij kan bij verzoekschrift de vervanging van de deskundige vragen, telkens wanneer daartoe reden bestaat (art. 977, eerste lid). Moeten partijen van deze mogelijkheid gebruik maken zodra de termijn overschreden is zonder dat het verslag is ingediend, of zelfs zodra duidelijk is dat de deskundige de termijn niet zal kunnen naleven? Het antwoord is afhankelijk van de omstandigheden: indien de deskundige reeds ver met zijn werkzaamheden gevorderd is, kan de vervanging de minst efficiënte oplossing zijn. Dit laatste neemt niet weg dat de deskundige aansprakelijk is voor de termijnoverschrijding.

De schadebeperkingsplicht kan in bepaalde omstandigheden ook uitgeoefend worden door art. 875 toe te passen, dat bepaalt dat de meest gereede partij de zaak opnieuw ter zitting kan brengen om te doen beslissen als naar recht, wanneer de onderzoeksmaatregel niet binnen de gestelde termijn is uitgevoerd.

Naleving van de termijn om zijn verslag in te dienen ontslaat de deskundige niet van de zorgvuldigheidsplicht om dringende vaststellingen tijdig te doen, althans indien hij van het spoedeisend karakter of de noodzaak een bepaalde vaststelling te verrichten op een bepaald ogenblik of voor een bepaald tijdstip door partijen op de hoogte was gebracht. De zorgvuldigheidsplicht speelt ook een rol indien de rechter nagelaten heeft de termijn vast te stellen in het vonnis dat het deskundigenonderzoek beveelt²². In dat

¹⁷ Zie, in het algemeen, CLOQUET, A., o.c., nr. 245, pp. 96-97, en nrs. 404-406, pp. 137-139; LURQUIN, P., o.c., I, nr. 137, p. 127, en nrs. 158-160, pp. 143-145.

¹⁸ Kh. Brussel, 24 februari 1896, *Pas.*, 1896, III, 97; Vred. Luik, 23 december 1950, *Jur. Liège*, 1950-51, 135.

¹⁹ Aldus CLOSSET-MARCHAL, G., «Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise», in *La preuve*, Centre des recherches juridiques et centre Charles van Reepinghen pour le droit judiciaire, U.C.L., colloque 12-13 mars 1987, 10, nr. 11.

²⁰ FETTWEIS, o.c., nr. 165, p. 145.

²¹ Luik, 29 mei 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 33.

²² In strijd met art. 963.

geval dient de deskundige het verslag in te dienen binnen de termijn die in de omstandigheden als redelijk mag worden beschouwd²³, met dien verstande dat de meest gerede partij de vervanging van de deskundige moet vragen om de schade te beperken.

4. *Termijn voor het indienen van het verslag: van het gemene recht afwijkende regelingen*

Inzake onteigeningen ten algemene nutte²⁴ dient de deskundige de plaatsbeschrijving binnen vijftien dagen na de verschijning ter plaatse, en het verslag met de raming van de vergoeding binnen dertig dagen, eventueel met dertig dagen verlengd, na de verschijning van de partijen voor de rechter, ter griffie neer te leggen (artt. 10 en 12 wet van 26 juli 1962). De deskundige wordt ambtshalve ontslagen door de rechter, wanneer hij de plaatsbeschrijving niet heeft neergelegd op het tijdstip van de inbezitneming van het onroerend goed door de onteigenaar en een termijn van twintig dagen is verstreken sinds de verschijning. Hij kan bovendien worden ontslagen op verzoek van de meest gerede partij, wanneer hij zijn expertiseverslag niet heeft neergelegd binnen de gestelde termijn. Komt hij voormelde termijnen niet na, dan kan hij tot betaling van schadevergoeding aan partijen veroordeeld worden (art. 19, § 2, zelfde wet).

Inzake ruilverkaveling²⁵ dient de deskundige zijn rapport neer te leggen binnen dertig dagen na de plaatsopneming. Komt hij deze termijn niet na, dan kan hij op verzoek van de meest gerede partij door de rechter vervangen worden, onverminderd het recht op schadevergoeding van partijen (art. 23, wet van 22 juli 1970).

5. *Eerbiediging van het contradictoir kenmerk*

De deskundige dient de expertiseverrichtingen op tegenspraak te laten verlopen. Hij komt deze verplichting niet na als hij nalaat partijen uit te nodigen om de aanvang van zijn werkzaamheden (art. 965) en, tenzij zij hem ervan ontslagen hebben, alle latere verrichtingen (art. 973, derde lid) bij te wonen, als hij nalaat partijen te horen en hun «dienstige vorderingen» in overweging te nemen (art. 972), of als hij nalaat na afloop van zijn verrichtingen aan partijen kennis te geven van zijn bevindingen en hun opmerkingen aan te tekenen, tenzij zij hem hiervan hebben vrijgesteld (art. 978). Deze bepalingen zijn de concretisering van het beginsel van het contradictoir kenmerk van het deskundigenonderzoek²⁶.

Nu deze voorschriften niet op straffe van nietigheid

voorgeschreven zijn, is de nietigverklaring van een bepaalde verrichting in het raam van het deskundigenonderzoek of van het verslag zelf wegens niet-naleving ervan niet mogelijk. Heeft de deskundige het contradictoir kenmerk van het onderzoek niet in acht genomen, dan kan daaruit wel voortvloeien dat de geldigheid van het bewijsmiddel in het gedrang komt, doch niet noodzakelijk.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt het verdedigingsrecht niet miskend, en is de zaak eerlijk behandeld indien partijen voor de rechter de mogelijkheid hebben het deskundigenverslag te betwisten, met betrekking zowel tot de aangevoerde onregelmatigheden, als tot de vaststellingen en de besluiten van de deskundige²⁷. Indien de rechter aldus beslist dat het debat dat voor hem gevoerd wordt, de onregelmatigheid verholpen heeft, lijkt deze verder geen schadelijke gevolgen te hebben. De schadebeperkingsplicht gebiedt partijen trouwens de beweerde onregelmatigheid voor de rechter te doen gelden.

Anderzijds is de rechter niet verplicht met het verslag rekening te houden, indien de deskundige het contradictoir kenmerk van het onderzoek niet in acht zou hebben genomen²⁸. Indien de rechter oordeelt dat het niet-naleven van het contradictoir kenmerk de geldigheid van het deskundigenonderzoek als bewijsmiddel in het gedrang brengt, kan hij het verslag buiten het beraad houden. Acht hij het mogelijk om de tekortkoming recht te zetten, dan kan hij, ambtshalve of op verzoek van een der partijen (art. 973), de deskundige bevelen bepaalde verrichtingen opnieuw uit te voeren. Hij kan tevens een aanvullend onderzoek door dezelfde deskundige of een nieuw onderzoek door een andere deskundige bevelen, of de deskundige ter zitting horen (art. 987). Deze herstel mogelijkheden nemen niet weg dat de fout van de deskundige vertraging en kosten, of zelfs verlies van de mogelijkheid bepaalde vaststellingen te doen, kan hebben teweeggebracht.

6. *Strafrechtelijk misdrijf: schending van het beroepsgeheim*

Als voorbeeld van een strafrechtelijk misdrijf waaraan de deskundige zich schuldig kan maken, kan art. 458 Sw. vermeld worden, dat strafbaar stelt wie geheimen bekend maakt waarvan hij uit hoofde van zijn stand of beroep kennis draagt, buiten het geval dat hij geroepen is om in rechte getuigenis af te leggen of de wet hem verplicht die geheimen bekend te maken.

Hij begaat uiteraard geen inbreuk op deze verplichting door dergelijke geheimen in zijn verslag op te nemen, in zoverre de mededeling van deze informatie strekt om zijn opdracht uit te voeren²⁹. Hij schendt wel het beroepsgeheim door vertrouwelijke informatie aan derden bekend te maken³⁰.

²³ Rb. Brussel, 17 februari 1886, *Pas.*, 1888, III, 192; Kh. Brussel, 24 februari 1896, *Pas.*, 1896, III, 97; Rb. Luik, 10 juni 1958, *Pas.*, 1959, III, 62.

²⁴ LURQUIN, P., o.c., I, nr. 304, pp. 282-283.

²⁵ LURQUIN, P., o.c., I, nr. 328, p. 300.

²⁶ Zie, in het algemeen, CLOQUET, A., o.c., nrs. 287-346, pp. 107-122, en nrs. 380-391, pp. 132-135; FETWEIS, A., o.c., nr. 525, pp. 385-386; LURQUIN, P., o.c., I, nrs. 106-108, pp. 105-108; nrs. 139-148, pp. 128-135; nrs. 167-168, pp. 154-157, en nr. 184, pp. 175-176.

²⁷ Cass., 22 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1109, *R.W.*, 1978-79, 1579; Cass., 16 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 440; Cass., 15 maart 1985, *R.W.*, 1985-86, 1008.

²⁸ Cass., 5 oktober 1987, AR 5467, nog niet gepubliceerd; LAENENS, J., «Het deskundigenonderzoek en de rechten van de verdediging», *T.B.B.R.*, 1987, 71-72, met verwijzingen.

²⁹ Cass., 16 juli 1894, *Pas.*, 1894, I, 267.

³⁰ Vgl.: de deskundige die door de onderzoeksrechter is aangesteld mag, gelet op het niet contradictoir kenmerk van de rechts-

Bovendien mag hij geen gegevens kenbaar maken of in zijn verslag opnemen die hem met miskenning van het beroepsgeheim van een ander meegedeeld zijn. Wie door het beroepsgeheim gebonden is, kan zich immers niet beroepen op de in art. 458 Sw. gestelde uitzondering van het in rechte afleggen van getuigenis om vertrouwelijke informatie aan een gerechtelijk deskundige mee te delen³¹.

7. Pleegvormen van het verslag

Het eindverslag dient door de deskundige te worden ondertekend, voorafgegaan door de eed (art. 979). Het verzuimen of onregelmatig verrichten van deze formaliteiten brengt naar mijn mening de nietigheid van het verslag niet teweeg³². Zij kunnen trouwens gemakkelijk rechtgezet worden. Er zou vanzelfsprekend wel schade zijn indien de deskundige weigert een ondertekend en beëdigd eindverslag in te dienen³³. In dat geval komt hij de verplichting niet na die hij op zich heeft genomen door de opdracht te aanvaarden.

D. Fouten in het verslag

1. Soorten fouten

Verder wordt uiteraard aandacht besteed aan de fouten in het verslag die slechts schadeverwekkend zijn in zoverre de rechterlijke beslissing erop gegrond is. De schade bestaat er dan in dat de beslissing minder gunstig is dan zij in afwezigheid van de fout zou zijn geweest. Een fout in het verslag kan echter ook schadelijk zijn zonder tot grondslag van een rechterlijke uitspraak te dienen (zie ook reeds hierboven C, nrs. 6 en 7). Een voorbeeld van deze laatste soort zijn beschuldigingen door een deskundige in het verslag geuit aan het adres van bepaalde personen waardoor deze in hun eer en goede naam worden aangetast³⁴.

2. Aansprakelijkheidsnorm

Om uit te maken of de deskundige een fout begaat bij de uitvoering van de hem toevertrouwde opdracht kan naar mijn oordeel de aansprakelijkheidsnorm worden toegepast die geldt voor een vakman van dezelfde specialiteit als die welke de opdracht vereist.

Indien deze vakman niet als gerechtelijk deskundige zou optreden, doch in opdracht van een cliënt of werkgever zijn beroep zou uitoefenen, zou hij naar gelang van het geval door een resultaats- of inspanningsverbintenis verbonden zijn. Deze norm van de contractuele aansprakelijkheid lijkt mij zonder meer toepasbaar op de quasi-delictuele aansprakelijkheid van de gerechtelijke deskundige³⁵.

pleging, op straffe van schending van zijn beroepsgeheim aan partijen geen gegevens meedelen: Brussel, 31 januari 1923, *B.J.*, 1923, 272.

³¹ Brussel, 11 maart 1969, *Pas.*, 1969, II, 132.

³² In verband met de eed is er nochtans betwisting: DE CONINCK, B., *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, art. 862, § 1, 6°, met verwijzingen.

³³ Rb. Verviers, 8 januari 1934, *Jur. Liège*, 1934, 79.

³⁴ Aldus, zij het in verband met een door partijen aangestelde deskundige, Brussel, 2 januari 1986, *T.B.H.*, 1987, 425.

³⁵ In dezelfde zin: DAIGRE, J.J., o.c., 492-493. Zie ook PIED-

Enkele voorbeelden mogen dit illustreren. Indien de opdracht erin bestaat de arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer van een verkeersongeval vast te stellen, dan gelden voor de deskundige de regels betreffende de aansprakelijkheid van geneesheren. Bestaat de opdracht erin een boekhouding na te kijken, dan gelden de aansprakelijkheidsregels voor boekhoudkundigen.

Deze aansprakelijkheidsnorm kan ook gelden indien de deskundige in werkelijkheid niet beschikt over de vereiste opleiding of bekwaamheden om de opdracht uit te voeren³⁶. In dat geval heeft hij immers de verplichting de opdracht te weigeren.

3. Oorzakelijk verband

Indien de schade zich pas voordoet nadat een rechterlijke beslissing is uitgesproken, dient de benadeelde partij het oorzakelijk verband tussen de fout in het verslag en de uitspraak van de rechter aan te tonen³⁷. Stelt de feitenrechter vast dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan zonder de fout in het verslag, dan staat het oorzakelijk verband vast. Daartoe is vereist dat de rechter niet tot dezelfde beslissing zou zijn gekomen, indien hij geen rekening had gehouden met het verslag op het punt waar het foutief is³⁸. Dit laatste is niet noodzakelijk het geval. De rechters zijn immers niet verplicht het advies van de deskundige te volgen indien het strijdig is met hun overtuiging (art. 986).

De mogelijkheid om het bewijs van het oorzakelijk verband te leveren hangt af van de aard van de fout en de inhoud van het vonnis. In de gevallen waarin het vonnis als enig motief de conclusie van het verslag zonder meer overneemt, is het oorzakelijk verband vanzelfsprekend. Zijn er naast het foutief punt uit het verslag nog andere redenen voor de beslissing, dan blijft het oorzakelijk verband behouden. Volgens de heersende equivalentietheorie is immers elk feit zonder hetwelk de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan, als oorzaak te beschouwen.

Ten slotte zij vermeld dat het enkele feit dat de beslissing op het deskundigenverslag gegrond is, de deskundige niet van zijn aansprakelijkheid vrijstelt³⁹. De equivalentietheo-

BOEUF, F., o.c., 282-285, die voorstelt een onderscheid te maken tussen de deskundige die het werk van een andere vakman nakijkt om een fout te ontdekken, zoals een boekhoudkundige (resultaatsverbintenis), en die welke zelf voor het eerst een prestatie verricht, zoals de geneesheer die de graad van arbeidsongeschiktheid vaststelt (inspanningsverbintenis). Het komt mij voor dat dit onderscheid op hetzelfde neerkomt als het door DAIGRE voorgestelde. Voor een toepassing van de norm van de goede vakman, zie Luik, 23 oktober 1895, *Pas.*, 1896, II, 90, *B.J.*, 1895, 1354; Luik, 1 december 1964, *J.T.*, 1965, 313, *R.G.A.R.*, 1965, 7467.

³⁶ Slechts uitzonderlijk legt de wet een bepaalde technische bekwaamheid op, die blijkt uit een diploma: CLOQUET, A., o.c., nr. 175, pp. 75-76.

³⁷ PIEDBOEUF, F., o.c., 283.

³⁸ Over de heersende equivalentietheorie inzake het oorzakelijk verband, zie onder meer VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1515-1534, nrs. 156-172.

³⁹ In dezelfde zin: Luik, 23 oktober 1895, *Pas.*, 1896, II, 90, *B.J.*, 1895, 1354; DALCQ, R.O., o.c., nr. 917, p. 346; LURQUIN, P., o.c., nr. 265, pp. 245-246; *R.P.D.B.*, v° «Expert - expertise», nr. 179. Anders, maar ten onrechte: Brussel, 6 januari 1903, *Pas.*,

rie sluit in dat de deskundige aansprakelijk blijft, nu de schade zich niet zonder zijn fout zou hebben voorgedaan.

4. Aanwenden van procesrechtelijke middelen

Ingevolge hun schadebeperkingsplicht dienen partijen of een van hen de middelen aan te wenden die een gerechtelijke procedure biedt om de fout van de deskundige recht te zetten. Deze zijn van tweeërlei aard: zij kunnen na het deskundigenonderzoek de aandacht van de rechter vestigen op de fout⁴⁰. Weigert deze op dit verweermiddel in te gaan, dan kunnen zij rechtsmiddelen aanwenden.

Indien het bewijs van de fout kan worden geleverd, eventueel door middel van een onderzoeksmaatregel, kan de rechter, naar gelang van het geval, het verslag uit de debatten weren, een aanvullend deskundigenonderzoek bevelen of de deskundige ter zitting horen⁴¹. Zoals reeds vermeld bestaat de schade dan in vertraging en bijkomende kosten, eventueel de onmogelijkheid de gegrondheid van de vordering te bewijzen indien daartoe noodzakelijke vaststellingen niet meer nuttig kunnen worden verricht. Het verslag kan mogelijk ook gecorrigeerd worden zonder een nieuw optreden van de deskundige.

Zelfs nog nadat het vonnis of arrest na het deskundigenonderzoek in kracht van gewijsde is gegaan, bestaat de mogelijkheid om de vernietiging ervan te vorderen met het rechtsmiddel van de herroeping van het gewijsde. Het kan slechts worden ingesteld om redenen waarvan de partij geen kennis had of kon hebben voor het verstrijken van de termijn van de andere rechtsmiddelen⁴².

Overeenkomstig art. 1133, 4°, Ger. W. staat dit rechtsmiddel open «indien recht is gedaan op stukken, getuigenissen, verslagen van deskundigen of eden, die na de beslissing vals zijn bevonden of verklaard». In verband met ons onderwerp kan men zich afvragen of dit rechtsmiddel met succes kan worden aangewend om tot vernietiging te komen van elke beslissing gegrond op een foutief deskundigenverslag, uiteraard op voorwaarde dat de fout pas na het verstrijken van de termijn voor de andere rechtsmiddelen bekend kon zijn.

Het komt mij voor dat de uitdrukking «vals» zo kan worden geïnterpreteerd dat elke fout in het verslag erdoor gevat wordt⁴³. Zo een dergelijke fout niet als materiële vals-

heid kan worden beschouwd, zal het naar mijn mening om intellectuele valsheid gaan, die gedefinieerd wordt als de verdraaiing van de inhoud van een geschrift⁴⁴ of het opstellen in strijd met de waarheid van de feiten en akten die het instrumentum moest opnemen⁴⁵.

Volgens de rechtsleer van voor het Gerechtelijk Wetboek is vereist dat de valsheid gerechtelijk vastgesteld of door de belanghebbende erkend werd na de beslissing⁴⁶. Naar mijn oordeel kan de fout in het verslag als grond voor de herroeping van gewijsde met alle middelen rechtens bewezen worden in de loop van de procedure die door dit rechtsmiddel wordt ingeleid voor de rechter die de bestreden beslissing heeft uitgesproken.

Indien aan deze grond voor herroeping van het gewijsde de voorgestelde betekenis mag worden gegeven, dan kan daaruit afgeleid worden dat het nalaten dit rechtsmiddel aan te wenden steeds een tekortkoming is aan de schadebeperkingsplicht, zodat een vordering tot betaling van schadevergoeding nog slechts mogelijk zou zijn indien zelfs dit rechtsmiddel ingesteld werd, doch gefaald heeft.

5. Schade niettegenstaande het aanwenden van procesrechtelijke middelen

Het is mogelijk dat de rechter weigert in te gaan op het verweer gegrond op de fout in het deskundigenverslag. Op te merken valt dat de rechtsmiddelen juist strekken om vergissingen recht te zetten⁴⁷, zodat de mogelijkheid om na het uitoefenen ervan nog een fout in het deskundigenverslag te bewijzen gering lijkt. Is de door geen enkel rechtsmiddel meer aanvechtbare beslissing toch nog op een fout in het verslag gebaseerd, dan kan de deskundige aansprakelijk gesteld worden, indien de schade zich niet zou hebben voorgedaan als de rechter met het verslag in zoverre het foutief was geen rekening zou hebben gehouden.

Het gezag van gewijsde van de rechterlijke beslissing lijkt mij geen bezwaar te zijn tegen de vordering gegrond op de aansprakelijkheid van de deskundige. Laatstgenoemde vordering heeft immers een ander voorwerp en een andere oorzaak, en bovendien is het te beslissen geschilpunt verschillend⁴⁸.

De deskundige is jegens de schadelijder gehouden tot vergoeding van de volledige schade, ook indien deze mede

1903, II, 118; Rb. Luik, 12 augustus 1886, *Pas.*, 1887, III, 21. Zie ook hierna I, D, nr. 5 en noot 48.

⁴⁰ Het blijft mogelijk voor de rechter kritiek uit te oefenen op het verslag, zelfs indien dezelfde partij deze kritiek ten aanzien van de deskundige niet heeft geuit: *Cass.*, 17 februari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 767, *R.W.*, 1984-85, 966.

⁴¹ Zie boven onder C, nr. 5; aldus ook DAIGRE, J.J., *o.c.*, 495.

⁴² *Cass.*, 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1035, *Pas.*, 1974, I, 961, met conclusie procureur-generaal Ganshof van der Meersch; VAN COMPERNOLLE, J., «Examen de jurisprudence (1971-1985). Droit judiciaire privé - les voies de recours», *R.C.J.B.*, 1987, (115), 203-204.

⁴³ Het gebruik van dit woord vindt zijn verklaring in art. 480, 9°, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dat in de mogelijkheid van herroeping van gewijsde onder meer voorzagt, indien recht werd gedaan op stukken die nadien vals werden bevonden of verklaard. Nu het beperkt was tot stukken, kon worden verwezen naar het misdrijf van valsheid in geschriften en de civiel-

rechtelijke valsheidsprocedure. Het Gerechtelijk Wetboek had de bedoeling het rechtsmiddel uit te breiden tot niet geschreven verklaringen (*Verslag Van Reepinghen*, uitg. B.S., 1964, 440; FETTWEIS, A., *o.c.*, 576, nr. 905.).

⁴⁴ *Cass.*, 15 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 237.

⁴⁵ VANHALEWIJN, J. en DUPONT, L., *Valsheid in geschriften*, A.P.R., Gent, Story Scientia, 1975, 91, nr. 285.

⁴⁶ *R.P.D.B.*, v° «Requête civile», nrs. 211-221; BRAAS, A., *Précis de procédure civile, II, Procédure*, Brussel, Bruylant, 1947, 802; VAN LENNEP, R., *Belgisch Burgerlijk Procesrecht*, V, Antwerpen, Standard, 1954, 194-196, nrs. 155-175.

⁴⁷ *Bv. Cass.*, 21 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 675, besproken bij VAN OEVELEN, A., *o.c.*, nr. 794, p. 815.

⁴⁸ Over het feit dat het gezag van gewijsde van een rechterlijke of scheidsrechterlijke beslissing geen bezwaar is tegen een aansprakelijkheidsvordering wegens de fout waarop die beslissing gebaseerd is, zie uitvoeriger hierna II, B, nr. 7, en noot 88, en II, C, nr. 3, en noot 98; zie ook boven D, nr. 3, en noot 39.

veroorzaakt zou zijn door een fout van de rechter bij het wijzen van de beslissing, wat in de hier besproken hypothese het geval kan zijn. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie moet ieder van de personen aan wier samenlopende fouten de schade te wijten is, de door de getroffen geleden schade volledig vergoeden⁴⁹. Dit geldt ook indien slechts een vordering tegen één medeaansprakelijke mogelijk is⁵⁰. Doorgaans zal namelijk slechts een vordering tot betaling van schadevergoeding tegen de deskundige zelf mogelijk zijn. Een rechter kan immers enkel met het rechtsmiddel van het verhaal op de rechter wegens bedrog of list tot betaling van schadevergoeding worden aangesproken, zodat hij over een «quasi»-immunitet beschikt⁵¹, terwijl de aansprakelijkheid van de Staat voor het rechterlijk optreden nog niet aanvaard lijkt te zijn⁵². Nadat hij de benadeelde vergoed heeft, kan de deskundige bovendien geen regresvordering instellen tegen de rechter of de Staat, in zoverre dezen niet rechtstreeks door de benadeelde kunnen worden aangesproken, gelet op het subrogatoire karakter van het regres⁵³.

De deskundige is in dit geval dus het slachtoffer van de immunitet. Eerder dan de deskundige slechts tot beloop van zijn aandeel in de schade aansprakelijk te stellen bestaat naar mijn oordeel de verkieslijke oplossing erin de immunitet van de Staat te herzien.

6. Een voorbeeld

Een recent arrest van het Franse Hof van Cassatie van 8 oktober 1986 kan de voorgaande theoretische beschouwingen illustreren⁵⁴.

In een geding tussen de aansprakelijke voor het ongeval en het slachtoffer vermeldt de gerechtelijke deskundige in zijn verslag per vergissing een arbeidsongeschiktheid van 30% in plaats van 3%. De eindbeslissing veroordeelt de aansprakelijke tot betaling van een vergoeding berekend op grond van de 30%. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, die volgens de vaststellingen van de feitenrechter geen partij was in het geding, en evenmin de mogelijkheid

had het verslag te controleren, vergoedt het slachtoffer. Nadien ontdekt de verzekeraar de fout, en dagvaardt hij met succes de deskundige op grond van zijn quasi-delictuele aansprakelijkheid.

De voorziening in cassatie van de deskundige wordt verworpen. Het arrest beslist dat het feit dat de rechter de fout in het verslag heeft overgenomen, de deskundige niet van zijn aansprakelijkheid vrijstelt⁵⁵.

In de optiek van wat hiervoor de schadebeperkingsplicht genoemd is, is de vaststelling belangrijk dat de benadeelde niet de mogelijkheid had om de aandacht van de rechter op de fout te vestigen. Bij dit laatste punt kan worden opgemerkt dat voor de derde het rechtsmiddel van het derdenverzet openstaat, althans naar Belgisch recht (artt. 1122 e.v.).

E. Aansprakelijkheid van de Staat of de rechter

1. In zoverre de deskundige zelf een fout begaat die tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid op grond van de artt. 1382 en 1383 B.W. leidt, lijkt mij tevens een vordering van de benadeelde partij tegen de Staat mogelijk op grond van art. 1384, derde lid, B.W., dat de aansteller aansprakelijk stelt voor de fouten van zijn aangestelde. Art. 973 Ger. W. bepaalt dat de deskundigen hun opdracht vervullen onder toezicht van de rechter, die te allen tijde, ambtshalve of op verzoek, de verrichtingen kan bijwonen⁵⁶. Aldus heeft de Staat, optredend door tussenkomst van de rechter als zijn orgaan, de mogelijkheid om gezag en toezicht uit te oefenen, zodat hij als aansteller kan worden beschouwd, ook al handelt de deskundige in feite vrij⁵⁷. Het betreft een foutloze, objectieve aansprakelijkheid; de Staat zou zich er niet van kunnen vrijstellen door op te werpen dat de rechter een behoorlijk toezicht heeft uitgeoefend, of dat hij bij gebrek aan de vereiste technische kennis de fout toch niet had kunnen ontdekken⁵⁸. De Staat zou een regresvordering kunnen instellen tegen de deskundige. Zoals bij de vordering tegen de deskundige zou de benadeelde partij de vordering tegen de Staat verliezen indien zij nalaat om krachtens haar schadebeperkingsplicht de procesrechtelijke middelen aan te wenden⁵⁹.

Er is mij geen rechtspraak bekend die deze overheidsaansprakelijkheid aanneemt. De weigering van de heersende rechtspraak om de Staat aansprakelijk te stellen voor de fout van de rechter in de zin van art. 1382 zou wellicht ook voor dit geval gelden.

2. Het rechtsmiddel van het verhaal op de rechter, tegen de rechter die de deskundige heeft aangesteld of met het

⁴⁹ Zie VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1568-1571, nr. 192, met verwijzingen.

⁵⁰ Vgl. de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie die het slachtoffer van een arbeidsongeval een vordering tot vergoeding van zijn volledige schade toekent (na aftrek van de door de Arbeidsongevallenwet forfaitair geregelde schadevergoeding) tegen de voor het ongeval medeaansprakelijke derde, al is een dergelijke vordering niet mogelijk tegen de werkgever en de medewerkers: VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1571-1572, nr. 193; Cass., 27 november 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 421. De auteurs van voormeld overzicht van rechtspraak merken op dat het Hof de volledige aansprakelijkheid aanvaardt, ongeacht de vraag of de solvens regres kan uitoefenen, wat ook hier lijkt te moeten gelden voor de deskundige.

⁵¹ Over het verhaal op de rechter, zie hierna onder II, A, nr. 2, en de verwijzingen in noot 64.

⁵² Zie bv. nog Rb. Brussel, 24 december 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 236.

⁵³ VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1571, nr. 193.

⁵⁴ Cass. fr., 8 oktober 1986, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, 1986, 99.

⁵⁵ Zie ook boven D, nr. 3, en noot 39.

⁵⁶ CLOSSET-MARCHAL, o.c., 18-19, nr. 20, en voetnoot 71.

⁵⁷ Cass., 5 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 328, *R.W.*, 1983-84, 2909 met noot, *Pas.*, 1982, I, 316, conclusie procureur-generaal DUMON; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1485-1487, nrs. 139-140, met verwijzingen.

⁵⁸ VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1512-1513, nr. 152.

⁵⁹ VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 1513, nr. 152: de eigen fout van het slachtoffer kan de aansteller bevrijden.

toezicht op zijn verrichtingen belast was⁶⁰, is mogelijk, indien hem hetzij in zijn keuze van de deskundige, hetzij in zijn toezicht op diens verrichtingen, bedrog of list kan worden verweten, waardoor de schade mede veroorzaakt zou zijn⁶¹.

Met toepassing van de orgaantheorie is ook een vordering tegen de Staat op grond van art. 1382 denkbaar, wegens elke fout van de rechter bij de keuze of het toezicht, doch deze aansprakelijkheid wordt, zoals vermeld, door de rechtspraak (nog) niet aanvaard.

F. Besluit

Het foutief optreden van een gerechtelijk deskundige kan zeer vaak in de loop van het deskundigenonderzoek of van de gerechtelijke procedure hersteld worden, met als enige schade vertraging en bijkomende kosten, of in bepaalde omstandigheden de onmogelijkheid van bewijslevering. Partijen kunnen niet alleen voor de rechter die op het deskundigenonderzoek toezicht houdt of na het deskundigenonderzoek over het geschil uitspraak doet, verweermiddelen doen gelden tegen het verloop van het onderzoek of de inhoud van het verslag, doch kunnen bovendien rechtsmiddelen aanwenden tegen de beslissing van de rechter die op die verweermiddelen geen acht heeft geslagen, of voor wie het verweermiddel nog niet kon worden opgeworpen omdat de fout niet bekend was.

Indien toch een zelfstandige vordering tot betaling van schadevergoeding tegen de deskundige moet worden ingesteld om tot volledig herstel te komen, dan is deze ten volle aan de artt. 1382 e.v. B.W. onderworpen.

Ten slotte bestaat de mogelijkheid om zelfs *de lege late* de Staat voor de fouten van gerechtelijke deskundigen aansprakelijk te stellen.

II. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE SCHEIDSMAN

A. Toepasselijke wetsbepalingen

1. De scheidsman wordt door partijen belast met de opdracht uitspraak te doen over een geschil. Hierna zal uiteraard gehandeld worden over de arbitrage zoals deze geregeld wordt door het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek⁶².

2. Hoewel scheidsman en beroepsrechter een zelfde jurisdictionele functie uitoefenen, bestaat er eensgezindheid

dat de bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor de beroepsrechter niet toepasselijk is op de scheidsman⁶³.

De beroepsrechter kan immers slechts tot schadevergoeding worden aangesproken door het instellen van het rechtsmiddel van het verhaal op de rechter⁶⁴. Hij kan slechts aansprakelijk worden gesteld indien hij zich aan bedrog of list schuldig heeft gemaakt, hetzij tijdens het onderzoek, hetzij bij het vonnis, of indien rechtswegering is geschied (art. 1140, 1° en 4°), en in enkele specifiek door de wet bepaalde gevallen. Bovendien dient dit rechtsmiddel op straffe van verval binnen dertig dagen te rekenen van het feit dat tot het verhaal aanleiding geeft en, in geval van bedrog of list, van de dag waarop de partij daarvan kennis heeft gekregen, te worden ingesteld bij het Hof van Cassatie (artt. 1142 en 1143). Ten slotte kan het niet enkel tot betaling van schadevergoeding, doch tevens tot vernietiging van de eventueel reeds uitgesproken rechterlijke beslissing leiden (art. 1147).

3. Nu het rechtsmiddel van het verhaal op de rechter niet geldt voor de scheidsman, en tegen deze laatste dus voor de bevoegde feitenrechter een vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld binnen de dertigjarige verjaringstermijn, blijft de vraag welke de aansprakelijkheidsnorm is.

De opvatting is verdedigd dat ook voor de scheidsman een van het gemene recht afwijkende norm zou gelden. L. Ullrich stelt dat, wegens de identiteit van jurisdictionele functie, zoals voor de rechter slechts bedrog of list tijdens het onderzoek of bij de uitspraak en rechtswegering in aanmerking zouden mogen komen⁶⁵. M. Huys en G. Keutgen aanvaarden weliswaar de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid, doch willen de aansprakelijkheid voor de inhoud van de beslissing, onder verwijzing naar J. Robert, beperken tot bedrog⁶⁶.

Voor een van het gemene recht afwijkende aansprakelijkheidsnorm bestaat echter geen wettelijke grondslag.

De motieven die voor de zeer beperkte aansprakelijkheid van magistraten aangevoerd worden, blijken trouwens niet te gelden voor scheidslieden. Er wordt verwezen naar de onafhankelijkheid van de rechter, die insluit dat hij zijn ambt moet kunnen uitoefenen zonder bevreemd te zijn voor de nadelige gevolgen van zijn beslissingen op zijn persoon en zijn vermogen⁶⁷. De scheidsman daarentegen heeft deze grondwettelijk beschermde onafhankelijke positie niet. Het staat hem vrij om met kennis van het aansprakelijkheidsrisico en tegen vergoeding een bepaalde opdracht te aanvaar-

⁶³ Cass., 20 juni 1904, *Pas.*, 1904, I, 283; VAN OEVELEN, A., o.c., nr. 357, p. 379, met verwijzingen in voetnoten 131 en 132.

⁶⁴ FETTWEIS, A., o.c., nrs. 917-918, pp. 579-581; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., 207-208, nr. 68; VAN OEVELEN, A., o.c., nrs. 340-376, pp. 361-401.

⁶⁵ ULLRICH, L., «La responsabilité civile des arbitres à raison des fautes commises dans l'accomplissement de leur mission», *B.J.*, 1930, (481) 483-485; in die zin: Rb. Verviers, 5 februari 1908, *Jur. Liège*, 1908, 109.

⁶⁶ HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nrs. 323-332, p. 224-227, inz. nrs. 329-330, p. 226; ROBERT, J., *Arbitrage civil et commercial — droit interne et droit international privé*, Parijs, Dalloz, 1967, nr. 88, p. 117-118, en 1983, nr. 152, p. 131; *Encyclopédie Dalloz (commercial)*, v° «Arbitrage commercial», nr. 136.

⁶⁷ VAN OEVELEN, A., o.c., nr. 7, pp. 35-36; nr. 443, pp. 472-473, en nrs. 744-748, pp. 762-766, met verwijzingen.

⁶⁰ Een daadwerkelijk uitgeoefend toezicht is uitzonderlijk: CLOSSET-MARCHAL, G., o.c., 19, nr. 20; voor een voorbeeld: Vz. Kh. Luik, 29 december 1982, *Jur. Liège*, 1983, 123, noot FETTWEIS.

⁶¹ VAN OEVELEN, A., o.c., 668-669, nr. 642, en voetnoot 513, verwijst naar een niet gepubliceerd Frans vonnis, waarbij, zij het in een andere wetgevende context, de slechte keuze van de deskundige bewezen werd geacht door het feit zelf dat zijn fout als zwaar en intentioneel beschouwd werd.

⁶² Zie over arbitrage in het algemeen, DERMINE, L., *L'arbitrage commercial en Belgique. Commentaire de la loi du 4 juillet 1972*, Brussel, Larcier, 1975, 132 p.; FETTWEIS, A., o.c., nrs. 1066-1209, pp. 659-720; HUYS, M. en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 812 p.

den. Volgens M. Storme vindt de quasi-immuniteit van de rechter niet zozeer haar verantwoording in de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, als wel in de paralyserende werking van aansprakelijkheidsgedingen tegen rechters en de onwenselijkheid dat de rechters elkaar beoordelen⁶⁸. Deze bezwaren gelden vanzelfsprekend niet voor de scheidsman.

4. De scheidsman is dus aansprakelijk volgens het gemeene recht. Daar hij door de opdracht te aanvaarden een overeenkomst sluit met partijen om ze uit te voeren met toepassing van de door partijen vastgestelde regels, de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en de voor het geschil ter zake dienende wettelijke bepalingen, is zijn aansprakelijkheid jegens partijen bij niet-nakoming van deze verplichtingen contractueel⁶⁹.

Naar gelang van het geval is hij gebonden door een resultaats- of een inspanningsverbintenis. In het eerste geval verbindt hij zich tot een welomschreven resultaat, zodat hij zich bij afwezigheid van dit resultaat enkel van contractuele aansprakelijkheid kan ontlasten door overmacht aan te tonen. In het tweede geval is hij aansprakelijk indien de benadeelde partij kan aantonen dat hij niet de zorgvuldigheid aan de dag gelegd heeft die van een normaal omzichtig en redelijk scheidsman in dezelfde externe omstandigheden mag worden verwacht⁷⁰. Het betreft in wezen hetzelfde onderscheid dat inzake de quasi-delictuele aansprakelijkheid gemaakt wordt tussen de naleving van enerzijds een welomschreven gebod of verbod en anderzijds de zorgvuldigheidsnorm⁷¹.

Volledigheidshalve kan vermeld worden dat de scheidsman jegens derden aansprakelijk kan zijn op quasi-delictuele grondslag, bij voorbeeld voor eerrovende opmerkingen⁷².

5. Alvorens mogelijke aansprakelijkheidsgronden nader te onderzoeken is het voor een goed begrip van de verdere uiteenzetting aangewezen de aard van de uitspraak en de rechtsmiddelen die ertegen openstaan, kort te beschrijven⁷³.

⁶⁸ STORME, M., «Wie berecht de onoordeelkundige rechter? Beschouwingen over de aansprakelijkheid van de rechterlijke macht», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, II, Antwerpen, Kluwer, 1983, (695) 705, nr. 17.

⁶⁹ Zie de verwijzingen in voetnoot 63.. Zie specifiek over het contractueel karakter van de aansprakelijkheid, BERNARD, A., *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, en Parijs, Librairie générale de droit, 1937, nrs. 360-368, pp. 215-220, inzonderheid nr. 360, pp. 215-216, en nrs. 364-365, pp. 217-218; CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil, I, Fonction et organisation judiciaire*, Brussel, Larcier, 1974, nr. 243, pp. 241-244; HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nrs. 324 en 327, pp. 224-225.

⁷⁰ KRUIJTHOF, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, (495) 616-621, nrs. 110-112; VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, (33) 215-217, nr. 105. Volgens Cass., 3 mei 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 1147, met conclusie proc.-gen. Krings, is de wil van partijen om de ene of de andere soort verbintenis te doen ontstaan, doorslaggevend.

⁷¹ VAN OEVELEN, A., o.c., nr. 150, pp. 172-174, met verwijzingen; VAN OMMESLAGHE, P., o.c., l.c.

⁷² Rb. Hasselt, 20 oktober 1927, *Jur. Liège*, 1928, 3.

⁷³ Zie de verwijzingen in noot 62 voor een meer omstandige beschrijving.

Wanneer van de uitspraak kennis is gegeven aan partijen en zij niet meer voor scheidslieden kan worden bestreden, heeft zij gezag van gewijsde, zoals een rechterlijke beslissing, tenzij zij strijdig zou zijn met de openbare orde of het geschil niet vatbaar zou zijn voor beslechting door arbitrage (art. 1703). De uitspraak kan slechts ten uitvoer worden gelegd nadat zij op eenzijdig verzoekschrift uitvoerbaar is verklaard door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, die het verzoek afwijst indien de uitspraak of tenuitvoerlegging ervan in strijd is met de openbare orde of indien het geschil niet vatbaar was voor beslechting door arbitrage (art. 1710, lid 1 en lid 3). Tegen de beslissing tot uitvoerbaarverklaring kan de wederpartij verzet aantekenen voor de rechtbank van eerste aanleg (art. 1712, lid 1)⁷⁴. Tegen de uitspraak zelf kan voor de rechtbank van eerste aanleg een vordering tot nietigverklaring ingesteld worden in de gevallen opgesomd in art. 1704⁷⁵.

6. Bij de verdere concretisering van deze aansprakelijkheidsnorm op enkele kenmerkende verplichtingen van de scheidsman zal een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de aansprakelijkheid voor fouten door de scheidsman begaan in de wijze waarop de uitspraak tot stand komt, en anderzijds de aansprakelijkheid voor fouten in de inhoud van de uitspraak zelf.

B. Fouten in de wijze waarop de uitspraak tot stand komt

1. Overzicht

Met fouten begaan in de wijze waarop de uitspraak tot stand komt, worden hier bedoeld enerzijds de fouten in de loop van de rechtspleging die tot de uitspraak leidt, en anderzijds de fouten in de uitspraak zelf, andere dan vergissingen in de feitelijke beoordeling of in de toepassing van de wettelijke bepalingen op het geschil.

De aansprakelijkheidsnorm getrouw zullen eerst enkele resultaatsverbintenissen of welomschreven normen en daarna enkele inspanningsverbintenissen of voorbeelden van de zorgvuldigheidsnorm nader besproken worden. Zoals daarna zal aangegeven worden, leidt een overtreding van deze normen niet zonder meer tot een vordering tot betaling van schadevergoeding. Krachtens zijn schadebeperkingsplicht dient de benadeelde partij eerst de mogelijkheid aan te wenden die het Gerechtelijk Wetboek hem biedt.

2. Redenen van wraking en uitsluiting

Een scheidsman kan gewraakt worden, enerzijds om dezelfde redenen als de beroepsrechter (art. 1690, lid 1), en anderzijds bij overtreding van de clause in de overeenkomst tot arbitrage dat bepaalde groepen van personen van

⁷⁴ De beslissing tot exequatur van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken, die hier buiten beschouwing blijven, en de rechtsmiddelen ertegen, worden beheerst door de artt. 1719-1723 en internationale verdragen.

⁷⁵ Voor een Belgische rechtbank kan slechts de vernietiging van een in België gewezen scheidsrechterlijke uitspraak gevorderd worden (HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nr. 577, p. 395), waarbij ten minste één Belgische partij is betrokken (art. 1717, lid 4).

het vervullen van de functie van scheidsman uitgesloten zijn (art. 1692)⁷⁶.

Op de aangezochte scheidsman die weet dat tegen hem een reden van wraking of uitsluiting bestaat, rust de welomschreven verplichting zich te onthouden, zoals art. 831 bepaalt voor de beroepsrechter. Doet hij dit niet vrijwillig, maar wordt hij ertoe verplicht na een wrakingsprocedure voor de rechtbank, dan begaat hij een fout, die ten minste een vertraging bij de afhandeling van het geschil en bijkomende kosten veroorzaakt (zie art. 1691).

3. Gronden tot vernietiging van een scheidsrechterlijke uitspraak vermeld in art. 1704, lid 2

Art. 1704 sanctioneert in zijn lid 2 enkele verplichtingen van het scheidsgerecht met de mogelijkheid tot nietigverklaring van de uitspraak⁷⁷. Naar mijn oordeel rust op het scheidsgerecht de resultaatsverbintenis om deze nietigheidsgronden te vermijden. Het voorhanden zijn van een dergelijke nietigheidgrond is met andere woorden op zichzelf een fout. Bij de aanvaarding van zijn opdracht deelt de scheidsman de bedoeling van partijen dat de uitspraak niet voor nietigverklaring in aanmerking zou komen⁷⁸. Bovendien zijn de nietigheidgronden voldoende welomschreven geformuleerd.

4. Termijn om uitspraak te doen

Een voorbeeld van een uitspraak die zoals bedoeld door art. 1704, lid 2, d, met overschrijding van de rechtsmacht of de bevoegdheden van het scheidsgerecht is gedaan, is de uitspraak buiten de termijn⁷⁹. De niet-naleving van de termijn is foutief⁸⁰.

Partijen kunnen tot het tijdstip waarop de eerste scheidsman zijn opdracht heeft aanvaard, de termijn vaststellen waarbinnen de uitspraak moet worden gedaan of de wijze bepalen waarop die vaststelling moet gebeuren (art. 1698, lid 1). Hebben partijen van geen van beide mogelijkheden gebruik gemaakt, dan kan de rechtbank van eerste aanleg op verzoekschrift van een der partijen een termijn stellen, indien er zes maanden verstreken zijn sedert alle scheidslieden hun opdracht aanvaard hebben, en, zo voegt de wet eraan toe, indien het scheidsgerecht «nalatig is uitspraak te doen» (art. 1698, lid 2). Het komt mij voor dat laatstgenoemde voorwaarde zo moet worden begrepen dat de rechtbank slechts een termijn kan stellen indien niet alleen reeds zes maanden verstreken zijn, doch de zaak door het scheidsgerecht reeds in beraad genomen is zodat enkel nog de uitspraak moet volgen.

⁷⁶ DERMINE, L., o.c., nr. 74, pp. 40-42; HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nrs. 179-185, pp. 161-164, en nrs. 277-302, pp. 201-210.

⁷⁷ DERMINE, L., o.c., nrs. 122-140, pp. 64-72; HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nrs. 519-544, pp. 348-367.

⁷⁸ Zie noot 70, inzonderheid het arrest van het Hof van Cassatie van 3 mei 1984.

⁷⁹ Zie over deze termijn DERMINE, L., o.c., nrs. 97-101, pp. 53-55; FETTWEIS, A., o.c., nrs. 1136-1140, pp. 326-332.

⁸⁰ Rb. Brussel, 13 januari 1950, *J.T.*, 1950, 276, *Pas.*, 1950, III, 21; Rb. Luik, 28 september 1956, *J.T.*, 1956, 671; HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nr. 328, p. 225; DERMINE, L., o.c., nr. 73, pp. 39-40; BERNARD, A., o.c., nr. 360, p. 216.

De door partijen of de rechtbank van eerste aanleg vastgestelde termijn wordt geschorst, door de scheidslieden tijdens een wrakingsincident (art. 1691, lid 1), en van rechtswege tijdens een getuigenverhoor door een rechter-commissaris (art. 1696, lid 1) en tijdens een schriftonderzoek of een betwisting betreffende de overlegging van stukken of over de beweerde valsheid van stukken voor de rechtbank (art. 1694, lid 4).

De termijn kan verlengd worden door partijen (art. 1698, lid 3). De door de rechtbank vastgestelde termijn kan op verzoek van een partij binnen de oorspronkelijke termijn verlengd worden zoals bepaald door art. 51⁸¹.

Niet-naleving van de termijn doet de opdracht van de scheidslieden eindigen (art. 1698, lid 3). Zijn de scheidslieden met name genoemd in de overeenkomst tot arbitrage, dan eindigt deze van rechtswege, tenzij partijen anders zijn overeengekomen (art. 1698, lid 4).

De fout staat niet enkel vast indien de uitspraak kan worden nietigverklaard overeenkomstig art. 1704, lid 2, d. Uit art. 1704, lid 4, volgt dat de niet-naleving van de termijn geen grond tot vernietiging meer oplevert, indien de partij die deze aanvoert, tijdens de loop van het geding voor de scheidslieden wist dat zich een zodanig geval voordeed, doch er zich toen niet op heeft beroepen. Toch komt het mij voor dat, zelfs indien partijen het eens zijn de termijn te verlengen om te voorkomen dat de opdracht van de scheidslieden of zelfs de overeenkomst tot arbitrage vervalt, de overschrijding van de oorspronkelijke termijn een foutieve tekortkoming blijft.

5. Strafrechtelijke misdrijven

Als voorbeeld kunnen de artt. 249 en 251 Sw. vermeld worden die de scheidsman die zich laat omkopen, strafbaar stellen⁸².

6. Zorgvuldigheidsnorm

Ook hier is het vanzelfsprekend niet mogelijk een volledig beeld van de zorgvuldige scheidsman te schetsen.

Naast het uitvoeren van de eenmaal aanvaarde opdracht binnen de gestelde termijn als resultaatsverbintenis, kan naar mijn oordeel de zorgvuldigheidsnorm spelen indien de scheidsman op zijn verzoek de toelating van de rechtbank van eerste aanleg krijgt om zich aan de opdracht te onttrekken. Art. 1689 bepaalt dat hij zich slechts met deze toelating aan de opdracht kan onttrekken, en dat de rechtbank van eerste aanleg zonder mogelijkheid van enig rechtsmiddel beslist na verhoor van de partijen of nadat deze door de griffier bij gerechtsbrief zijn opgeroepen⁸³.

De rechtbank dient dus de motieven van de onttrekking te beoordelen. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat tot het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek geleid heeft, dienen zij ernstig te zijn⁸⁴. Dezelfde

⁸¹ FETTWEIS, A., o.c., nr. 1139, p. 695.

⁸² HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nr. 326, p. 224; BERNARD, A., o.c., nr. 362, p. 216.

⁸³ HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nr. 274, p. 201-202; DERMINE, L., o.c., nr. 73, p. 39-40.

⁸⁴ *Parl. St., Kamer*, 1970-71, nr. 988/1, p. 16, nr. 87; HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nr. 274, p. 202.

memorie van toelichting vermeldt ook dat de scheidsman die de toelating krijgt, niet meer tot betaling van schadevergoeding zou kunnen worden aangesproken⁸⁵. Naar mijn gevoel is deze conclusie voorbarig. Weliswaar verdwijnt de resultaatsverbintenis om uitspraak te doen, al dan niet binnen een termijn. Afhankelijk van de motieven die de toelating wettigen, blijft de mogelijkheid bestaan dat het aanvaarden van de opdracht, ten minste het nalaten vroeger de onttrekking te vragen, een tekortkoming aan de zorgvuldigheidsnorm is.

Een ander toepassingsgeval lijkt mij de nalatigheid te zijn om uitspraak te doen binnen een redelijke termijn, zolang of indien geen termijn was gesteld.

7. Bijkomende voorwaarde opdat de fout tot aansprakelijkheid aanleiding zou kunnen geven: aanwenden van procesrechtelijke middelen

M. Storme en A. Van Oevelen hebben er de aandacht op gevestigd dat de procespartij die zich door het foutief optreden van de rechter benadeeld acht, slechts een vordering tot schadevergoeding tegen de overheid kan worden toegekend indien zij de procesrechtelijke middelen, die strekken om fouten van een rechter te voorkomen of recht te zetten, heeft aangewend, althans in zoverre deze middelen haar schadeherstel kunnen verstrekken⁸⁶. A. Van Oevelen heeft deze bijkomende voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de overheid verklaard als een toepassing van de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer⁸⁷.

Naar mijn oordeel kan dezelfde voorwaarde gelden voor de aansprakelijkheid van de scheidsman. De benadeelde partij dient de middelen aan te wenden die haar ter beschikking staan, zoals de vordering tot nietigverklaring van de uitspraak, of, zo dit volstaat, het verzet tegen de beslissing van exequatur, steeds in zoverre zij specifiek schadeherstel kunnen verlenen. De vordering tot schadevergoeding staat dan nog open tot vergoeding van eventuele andere schade.

Een voorbeeld moge dit illustreren. Indien de scheidsman nalaat zijn uitspraak te motiveren, dient de partij die in het ongelijk wordt gesteld, de vordering tot nietigverklaring in te stellen overeenkomstig art. 1704, lid 2, i. De vernietiging vormt specifiek schadeherstel. Daarnaast zou dezelfde partij een vergoeding kunnen vorderen voor de schade die het gevolg is van de eventuele uitvoering bij voorraad van de later vernietigde uitspraak of voor de vertraging die de beslechting van het geschil opgelopen heeft.

Anderzijds kan een voorbeeld van aansprakelijkheid gegeven worden waarvoor de vordering tot nietigverklaring geen herstel biedt. De partij die de scheidsman aansprakelijk wil stellen voor de vertraging wegens de overschrijding van de termijn, is uiteraard niet gebaat met de nietigverklaring van de uitspraak met toepassing van art. 1704, lid 2, d.

Ten slotte volgt uit het voorgaande dat de vordering tot schadevergoeding theoretisch mogelijk blijft indien het aangewend procesrechtelijk middel, bijvoorbeeld de vordering tot nietigverklaring, als ongegrond is afgewezen. Aanluitend bij de overtuigende bewijsvoering van A. Van Oevelen meen ik dat het gezag van gewijsde (in het voorliggend geval van de scheidsrechterlijke uitspraak en van de rechterlijke beslissingen die de vordering tot nietigverklaring hebben afgewezen) zich niet tegen een aansprakelijkheidsvordering verzet, nu laatstgenoemde een ander voorwerp en een andere oorzaak heeft dan zowel de aan arbitrage onderworpen vordering als de vordering tot nietigverklaring, en bovendien het te beslissen geschilpunt verschillend is⁸⁸.

C. Inhoud van de uitspraak

1. Jurisdictionele functie

De opdracht van de scheidsman bestaat erin een geschil op te lossen met een jurisdictionele beslissing. Hij dient op de hem regelmatig voorgelegde feiten de rechtsregels toe te passen⁸⁹.

De vraag is dan onder welke voorwaarden feitelijke beoordelingen of de uitlegging van al dan niet toegepaste wetsbepalingen als foutief kunnen worden beschouwd.

2. Rechtsleer

De rechtsleer over de arbitrage neigt naar een immuniteit⁹⁰. Zoals boven vermeld bestaat hiervoor echter geen wettelijke grondslag.

Indien het toegestaan is voor het foutbegrip te rade te gaan bij de rechtsleer over de aansprakelijkheid van de overheid voor jurisdictionele beslissingen van rechters, kan de opvatting van M. Storme vermeld worden, die de rechterlijke vergissing als foutief beschouwt wanneer op «flagrante» wijze een feitelijke vergissing geschiedde of de wet of de pleegvormen miskend werden⁹¹.

A. Van Oevelen stelt voor om de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de aansprakelijkheid van de bestuurlijke overheid voor vergissingen begaan bij de interpretatie van wetteksten analogisch toe te passen op de overheidsaansprakelijkheid voor vergissingen, in rechte of in feite, die door de rechter in zijn uitspraak zouden zijn begaan⁹².

Deze rechtspraak kan als volgt worden samengevat. Wanneer de vergissing tot gevolg heeft dat het bestuur een beslissing neemt of bekrachtigt die een grondwettelijke of wettelijke regel schendt die het ertoe verplicht zich te ont-

⁸⁵ *Parl. St., Kamer*, 1970-71, nr. 988/1, p. 17, aangehaald door CAMBIER, C., o.c., p. 243, voetnoot 87, en door DERMINE, L., o.c., nr. 73, p. 40, en met instemming aangehaald door HUYS, M. en KEUTGEN, G., o.c., nr. 275, p. 202.

⁸⁶ STORME, M., o.c., 639-700, nr. 9; VAN OEVELEN, A., o.c., nr. 756, pp. 775-777 en nrs. 793-795, pp. 814-817.

⁸⁷ VAN OEVELEN, A., o.c., l.c. Zie ook boven I, B, nr. 3, en noten 10 en 11.

⁸⁸ VAN OEVELEN, A., o.c., nrs. 758-763, pp. 777-784, met verwijzingen; zie ook hierna onder C, nr. 3, en noot 98, en in verband met de deskundige I, D, nr. 3, en noot 39, en I, D, nr. 5, en noot 48.

⁸⁹ Onder voorbehoud van de overeenkomst tussen partijen om het scheidsgerecht van de toepassing van de regelen des rechts te ontslaan (art. 1700; zie verder onder C, nr. 6).

⁹⁰ Zie boven noten 65 en 66.

⁹¹ STORME, M., o.c., 699, nr. 9.

⁹² VAN OEVELEN, A., o.c., nr. 789, pp. 810-812.

houden of op een welomschreven manier op te treden, is die beslissing een quasi-delictuele fout. Heeft de vergissing een dergelijke ongrondwettige of onwettige beslissing niet tot gevolg, dan is zij slechts een fout indien de overheid onjuiste inlichtingen geeft over de wetgeving of de reglementering die zij moet toepassen, wanneer de onjuiste interpretatie zonder voldoende onderzoek werd gegeven of zonder dat er enige twijfel werd uitgedrukt over de voorgestelde oplossing⁹³.

Volgens A. Van Oevelen zou aldus als foutief kunnen worden beschouwd de vergissing die ertoe leidt dat de uitspraak een schending inhoudt van een (grond)wettelijke bepaling die aan de rechter een welomschreven gedrag of zich onthouden oplegt. Leidt de vergissing niet tot een uitspraak waarbij een rechtsregel wordt overtreden die de (scheids)rechters een welomschreven gebod of verbod oplegt, dan zou er slechts sprake zijn van een fout wanneer deze het gevolg is van een onvoldoende onderzoek, wat uiteraard moeilijk te bewijzen zal zijn⁹⁴.

3. Aansprakelijkheidsnorm

Naar mijn oordeel is de scheidsman bij de toepassing van het recht op de aan zijn beoordeling voorgelegde feiten verbonden door een inspanningsverbintenis. Een fout in de uitspraak kan hem dus enkel verweten worden door aan te tonen dat een normaal redelijk en omzichtig scheidsman, geplaatst in dezelfde externe omstandigheden, niet tot dezelfde feitelijke beoordeling of rechtstoepassing zou zijn gekomen⁹⁵.

Hoewel het moeilijk is deze norm in het theoretisch vlak nog nader te omschrijven, zou ik toch willen pogen de volgende specificeringen te geven, vooral om het onderscheid met de resultaatsverbintenis te benadrukken⁹⁶. Het mag bij toepassing van deze norm niet als fout beschouwd worden dat de scheidsman bepaalde feitelijke gegevens doorslaggevend acht voor de oplossing van het geschil, zolang hij niet door opzet of nalatigheid de feiten verdraait door belangrijke elementen of het standpunt van een partij te negeren. Het is evenmin fout een wettelijke bepaling te interpreteren op een wijze die afwijkt van het gangbare of van de meerderheidsopvatting. Concreet zal de fout enkel kunnen worden bewezen aan de hand van de inhoud van de uitspraak, in zoverre daaruit de tekortkoming van het scheidsgerecht zou blijken, daar een zorgvuldig scheidsgerecht in dezelfde externe omstandigheden niet tot die beslissing had kunnen komen.

Ten slotte zij vermeld dat, indien de fout toch kan worden vastgesteld, er geen schadebeperkingsplicht bestaat bij

afwezigheid van enig procesrechtelijk middel⁹⁷. Bovendien is naar mijn mening evenmin als voor de fouten begaan in de wijze waarop de uitspraak tot stand is gekomen, het gezag van gewijsde van de scheidsrechterlijke uitspraak een bezwaar tegen het instellen van de aansprakelijkheidsvordering⁹⁸.

4. Verantwoording

De keuze voor de zorgvuldigheidsnorm vindt steun in een reeds klassiek arrest van het Hof van Cassatie van 8 april 1983⁹⁹.

In dit arrest beslist het Hof dat het enkele feit dat de hiërarchische overheid de zienswijze van de bestendige deputatie betreffende de vraag of de met het oog op het verkrijgen van een exploitatievergunning voorgestelde verandering al dan niet een verergering van de aan de inrichting verbonden gevaren zou meebrengen, niet heeft gedeeld, en om die reden haar besluit heeft vernietigd, niet noodzakelijk doet blijken dat de bestendige deputatie een fout heeft begaan in de zin van art. 1382 B.W.

De jurisdictionele beslissing van de scheidsman vertoont wat betreft de toepassing van rechtsregels op feitelijke gegevens, voldoende gelijkenis met de beslissing van de bestuurlijke overheid over de toekenning van een exploitatievergunning om dit arrest analogisch toe te passen.

5. Geen resultaatsverbintenis

Naar mijn oordeel verzet de eigen aard van de jurisdictionele functie zich ertegen dat de scheidsman ten dezen door een resultaatsverbintenis gebonden zou zijn. In dit laatste geval zou de fout immers vaststaan zodra de scheidsman een vergissing in de uitspraak begaat die er volgens de aansprakelijkheidsrechter in zou bestaan dat een wettelijke norm geschonden wordt, die, opnieuw naar het oordeel van de aansprakelijkheidsrechter, een welomschreven gebod of verbod stelt.

In tegenstelling tot de toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm veronderstelt een dergelijke aansprakelijkheidstoetsing dat de rechter die met de aansprakelijkheidsvordering geadieerd wordt, zijn eigen feitelijke beoordeling of uitlegging van wetbepalingen in de plaats zou stellen van die van de scheidsman. Welnu, in deze vorm van toezicht, die tot hetzelfde resultaat kan leiden als een vernietiging van de scheidsrechterlijke uitspraak, wordt door het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek niet voorzien, en hij zou de onaantastbare beoordelingsbevoegdheid van de scheidsman in het gedrang brengen. De aansprakelijkheidsrechter zou ten aanzien van de scheidsrechterlijke uitspraak een appel- of cassatierechter worden.

⁹³ Cass., 4 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 452, *R.W.*, 1972-73, 1279; Cass., 4 november 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 328, zie ook VAN OEVELEN, A., *o.c.*, nr. 789, pp. 810-811, met voetnoot 57.

⁹⁴ VAN OEVELEN, A., *o.c.*, nr. 789, pp. 811-812.

⁹⁵ Duidelijkheidshalve zij herhaald dat de zorgvuldigheidsnorm naar onze mening niet geldt indien de norm waaraan het gedrag van de scheidsman moet worden getoetst, omschreven is, bijvoorbeeld neergelegd is in art. 1704, lid 2.

⁹⁶ Zie ook BERNARD, A., *o.c.*, nr. 365, p. 218: «Il est évident que les parties ne pourraient tenir les arbitres pour responsables de la moindre faute ou de la moindre erreur que ceux-ci auraient commis dans l'exécution de leur mission.»

⁹⁷ Vernietiging is immers enkel mogelijk in een van de gevallen genoemd in art. 1704.

⁹⁸ Zie boven onder II, B, nr. 7, en noot 88.

⁹⁹ *Arr. Cass.*, 1982-83, 938, *R.W.*, 1984-85, 673; zie over dit arrest VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 54-57, nr. 122; VAN OEVELEN, A., *o.c.*, nr. 157, pp. 187-189, en nr. 790, pp. 812-813.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie over de aansprakelijkheid van de overheid voor het verstrekken van inlichtingen lijkt mij dan ook niet analogisch toepasbaar¹⁰⁰. Deze norm is te streng voor de beoordeling van de uitoefening van de jurisdictionele functie. Hij laat geen ruimte voor de overtuiging van de scheidsman, die zich moet kunnen uiten in een eigen beoordeling van de feiten en een eigen interpretatie van de wet¹⁰¹.

6. *Amiable compositeurs*

De scheidslieden dienen niet te beslissen volgens de regelen des rechts, indien partijen dit bepalen in een overeenkomst die slechts geldig kan worden gesloten nadat een partij kennis heeft gegeven aan de tegenpartij van haar wil om het geschil bij het scheidsgerecht aanhangig te maken (art. 1700)¹⁰². In dat geval zou bovenvermelde inspanningsverbintenis slechts gelden voor de beoordeling van de feiten.

D. Besluit

Uit de rechtsleer blijkt de vrees om de scheidsman te streng te beoordelen¹⁰³. Slechts zijn aansprakelijkheid bij

niet-nakoming, eventueel binnen een gestelde termijn, van de door hem opgenomen verplichting om uitspraak te doen, wordt geredelijk aanvaard, ook in de uiterst schaarse rechtspraak¹⁰⁴.

Bij de toepassing van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsnorm blijkt nochtans dat de vrees ongegrond is¹⁰⁴.

Tekortkomingen aan welomschreven normen, die de scheidsman geacht mag worden als resultaatsverbintenis te hebben opgenomen, kunnen zijn aansprakelijkheid teweegbrengen. Hieruit volgt echter nog niet noodzakelijk de verplichting tot betaling van schadevergoeding. Er bestaan immers middelen tot specifiek schadeherstel om veelal de ergste schade ongedaan te maken, die de benadeelde partij dient aan te wenden, zoals bijvoorbeeld de vordering tot nietigverklaring. De aansprakelijkheid voor de inhoud van de uitspraak zal gelet op de toetsing aan de zorgvuldighedsnorm enkel in uiterste gevallen opgelopen worden.

Stefaan RAES

server les arbitres du reproche d'avoir mal jugé, sinon l'arbitrage serait voué à disparaître» (nr. 136 in fine).

¹⁰⁴ Zie noot 80.

¹⁰⁵ Indien hij al reden van bestaan heeft: «Men zou kunnen tegenwerpen dat, wanneer de rechter voor vorderingen uit onrechtmatige daad en de daarmee gepaard gaande financiële risico's beducht zou moeten zijn, hij niet meer de rust en zekerheid zal kunnen vinden een goed vonnis te wijzen. (...) Niet alleen rechters, ook beoefenaars van andere ambten en beroepen hebben functies waarbij vergissingen ernstige gevolgen van — onder andere — financiële aard kunnen hebben. Wat de juridische sfeer betreft denke men aan de notaris, wat de medische sfeer betreft aan de arts. Dat laatstgenoemden aansprakelijk gesteld kunnen worden, heeft bij mijn weten gelukkig niet tot gevolg gehad dat zij niet meer met gerustheid hun functies kunnen vervullen» (VAN ZEBEN, C.J., «Onrechtmatige daad van de rechter», in *Van Opstal bundel, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. Van Opstal*, Deventer, Kluwer, 1972, (207) 209).

¹⁰⁰ Zie boven onder II, C, nr. 2, en noten 92-94.

¹⁰¹ Bij de tweedeling die ik voorstel — resultaatsverbintenis bij het tot stand komen van de uitspraak en inspanningsverbintenis voor de inhoud — moet worden opgemerkt dat de toepassing van wetsbepalingen die de openbare orde raken toch als een resultaatsverbintenis beschouwd wordt, gelet op de artt. 1703 en 1704, lid 2, a.

¹⁰² FETTWEIS, A., o.c., nr. 1134, pp. 692-693; ook in dat geval blijft de scheidsman verplicht de bepalingen die de openbare orde raken toe te passen (zie art. 1704, lid 2, a).

¹⁰³ Zie boven onder II, A, nr. 3, en noten 65 en 66. Volgens de auteurs van het trefwoord «Arbitrage commercial» in de *Encyclopédie Dalloz (Commercial)*: «Il apparaît en effet légitime de pré-

DE AANSPRAKELIJKHEID VAN FISCALE CONSULENTEN

INHOUD

INLEIDING (nrs. 1-6)

EERSTE DEEL: DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE PERSOONLIJK EN ZELFSTANDIG
OPTREDENDE BELASTINGCONSULENT

I. Taakomschrijving van de belastingconsulent (nr. 7)

II. Is de belastingconsulent een handelaar? (nrs. 8-11)

III. De burgerlijke aansprakelijkheid van de belastingconsulent (nrs. 12-51)

A. DE CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID (nrs. 14-45)

1. Juridische analyse van de fiscale dienstverlening (nrs. 15-20)
2. Bijzondere problemen in verband met lastgeving (nrs. 21-24)
3. De aansprakelijkheidsregeling (nrs. 25-45)
 - 3.1. Algemeen (nrs. 25-26)
 - 3.2. Aanneming van werk (nrs. 27-36)
 - a) Ondervragingsplicht van de belastingconsulent (nr. 28)
 - b) Aansprakelijkheids criterium (nr. 29)
 - c) Beoordelingselementen en schadebegrip (nr. 30)
 - d) Gradatie van de aansprakelijkheid (nrs. 31-34)
 - e) Uitgestrektheid van de adviesplicht (nrs. 35-36)
 - 3.3. Lastgeving (nrs. 37-40)
 - a) Aansprakelijkheids criterium (nr. 38)
 - b) Beoordelingselementen (nrs. 39-40)
 - 3.4. Gemengde contracten (nrs. 41-42)
 - 3.5. Bijkomende activiteiten (nr. 43)
 - 3.6. Uitsluiting of beperking van de contractuele aansprakelijkheid (nr. 44)
 - 3.7. Recht op honorarium van de aansprakelijke belastingconsulent (nrs. 45-45bis)

B. DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID (nrs. 46-51)

1. Algemeen (nrs. 46-48)
2. Samenloop (nr. 49)
3. Coëxistentie (nr. 50)
4. Onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid (nr. 51)

BESLUIT (nrs. 52-55)

INLEIDING

1. In de laatste decennia is het fiscaal recht, mede door frequente wetswijzigingen die elkaar bijna jaarlijks zijn opgevolgd, zo complex geworden dat het is uitgegroeid tot specialistenwerk¹. Daarnaast heeft de fiscaliteit een steeds groter wordende impact gekregen op het leven van burgers en bedrijven². Deze factoren zijn er kennelijk oorzaak van dat bij de belastingplichtigen de behoefte is ontstaan aan bevoegde raadgevers die met de nodige deskundigheid hun cliënteel in fiscale zaken weten bij te staan³.

Desalniettemin heeft de Belgische wetgever tot op heden aan deze specialisten geen wettelijk statuut gegeven. Wel zijn in die zin reeds herhaalde pogingen ondernomen, en een recent initiatief dateert zelfs nog van even voor de regeeringscrisis die geleid heeft tot de parlements- en provincieraadsverkiezingen van 13 december 1987⁴. Het is niet de bedoeling om hier argumenten voor of tegen de erkenning van het beroep te ontwikkelen. Vele anderen hebben zich in de loop der jaren reeds aan zulk een oefening gewaagd⁵. Een wettelijke regeling van het beroep zal overigens hoofdzakelijk betrekking hebben op voorschriften inzake de toegang tot het beroep en de bescherming van de titel van het beroep daar al het andere, waaronder de aansprakelijkheid, nu al in essentie is geregeld⁶. Daarom zal in deze studie de problematiek van de aansprakelijkheid van fiscale consulenten behandeld worden «de lege lata», en zullen verwijzingen naar een mogelijk toekomstige regeling van het beroep gemaakt worden voor zover zulks aan de bestaande aansprakelijkheidsregels veranderingen of toevoegingen zou brengen.

2. Door de afwezigheid van elke wettelijke regeling van het beroep is de dienstverlening in fiscale zaken in België bijna volledig vrij⁷. Er dient namelijk uitzondering gemaakt te worden voor de advocaat die een pleit- en vertegenwoordigingsmonopolie heeft voor de gerechten, en de beoefenaars van andere gereguleerde beroepen, zoals dat van bedrijfsrevisor of accountant, die slechts in beperkte mate als fiscaal consulent mogen optreden⁸. Misschien is het wel deze vrijheid die geleid heeft tot de rijke woordenschat die voorhanden is om fiscale dienstverleners aan te duiden. Zo wordt onder meer gebruik gemaakt van termen als belastingadviseur, belastingconsulent, belastingdeskundige, fiscalist, fiscaal jurist, fiscaal raadgever of fiscaal

consulent. Bestaande wetsvoorstellen tot regeling van het beroep refereren zich aan de titel van belastingconsulent⁹ en worden daarin gevolgd door een schare van auteurs die over dit zelfde onderwerp commentaar leveren¹⁰. Om deze reden zal hierna het begrip «belastingconsulent» gebruikt worden ten einde die personen aan te duiden die zich bij wijze van hoofdberoep bezighouden met fiscale dienstverlening, d.w.z. de fiscale consulenten «sensu stricto»¹¹.

3. De groep van fiscale consulenten is echter veel ruimer en omvat een zeer uiteenlopende groep van personen zoals advocaten, notarissen, bedrijfsrevisoren, accountants, (oud-)ambtenaren van de belastingadministratie, personeel van beroepsverenigingen, vakorganisaties of verbruikersverenigingen¹², en zelfs boekhouders, douane-expediteurs en bankiers¹³. Normaliter is voor deze personen het bedrijven van fiscaliteit geen hoofdzaak, en wanneer zij zich toch met fiscaliteit onledig houden, betreft dit vaak welomlijnde deelgebieden van het belastingrecht¹⁴. Het is daarom interessant te onderzoeken in welke mate zulke omstandigheden de aansprakelijkheid van deze categorie van fiscale consulenten beïnvloeden.

4. Voorts kunnen de activiteiten van fiscale consulenten in verschillende juridische vormen worden uitgeoefend¹⁵. Onder voorbehoud van eventuele wettelijke of deontologische voorschriften eigen aan het gekozen beroepsstatuut, mogen fiscale consulenten zowel in ondergeschikt als in zelfstandig verband optreden. Zelfstandige consulenten kunnen persoonlijk en voor eigen rekening hun beroep uitoefenen, of in samenwerkingsverband met andere, al dan niet fiscale consulenten, of nog in het kader van een professionele of zelfs interprofessionele vennootschap¹⁶.

In een vennootschap kan de fiscale consulent een vennoot zijn of lasthebber (bestuurder of zaakvoerder). Ook kan hij zijn diensten leveren in ondergeschikt verband als bediende van zulk een professionele of interprofessionele

⁹ Zie o.a. BAESKENS, D. e.a., «Wetsvoorstel tot instelling van een Orde van belastingconsulenten», *Parl. St., Kamer*, 1969-1970, nr. 484/1; BOEYKENS, G. e.a., «Wetsvoorstel tot instelling van een Orde van belastingconsulenten», *Parl. St., Kamer*, 1973-1974, nr. 698/1; CLAES, W. e.a., «Wetsvoorstel tot hervorming van het revisoraat», *Parl. St., Kamer*, 1982-1983, nr. 414/1, 67-73; WAUTHY, E., «Wetsvoorstel houdende organisatie van het beroep van belastingconsulent», *Parl. St., Kamer*, 1984-1985, nr. 1212/1.

¹⁰ Naast de publikaties vermeld in voetnoot 5, zie ook DENYS, L.A. en HAUSTRAETE, J., «Naar een wettelijke regeling van de erkenning van het beroep van belastingconsulent? — Enkele woorden van toelichting ...», *Alg. Fisc. T.*, 1983, 99-115; DUBOIS, H., «Het instituut van de belastingconsulenten», *Fiskofoon*, 1981, 98-99; VANHORENBEECK, W., «Naar de erkenning bij wet van de belastingconsulent?», *Fiskofoon*, 1976, 76-81.

¹¹ Cf. VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 159, nr. 4. Volgens TIBERGHIE, A., o.c., nr. 642, litt. d, p. 441, noemen in Nederland sommige fiscale consulenten zich liever «belastingadviseur» dan «belastingconsulent» ten einde zich van het gros te onderscheiden en erop te wijzen dat zij beter gekwalificeerd zijn.

¹² VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹³ TIBERGHIE, A., o.c., p. 440, nr. 642, litt. d, p. 441, nr. 642, litt. e, en p. 442, nr. 642, litt. g.

¹⁴ Cf. TIBERGHIE, A., o.c., nr. 642, p. 439-442.

¹⁵ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 159-160, nr. 5; TIBERGHIE, A., o.c., nr. 642, litt. f, p. 441-442.

¹⁶ VANHORENBEECK, W., o.c., *Fiskofoon*, 1976, 80, nr. 16.

¹ Cf. SIEBENS, H., «Bedrijfsrevisor en/of belastingconsulent», *Alg. Fisc. T.*, 1985, 74.

² GEENS, G., «De rol en de aansprakelijkheid van de belastingconsulent», *Fiskofoon*, 1979, 30.

³ VAN OEVELEN, A., «De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de belastingconsulent», *Fiskofoon*, 1987, 158, nr. 1.

⁴ CHAPKIS, R., «Het wetsontwerp van de belastingconsulent», *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1987, afl. 4, 2-5.

⁵ Zie o.a. DENYS, L., «Nood aan erkenning van het beroep van belastingconsulent», *Alg. Fisc. T.*, 1988, 39-40; GEENS, G., o.c., *Fiskofoon*, 1979, 30-34; VANISTENDAEL, F., «De wenselijkheid van een wettelijke regeling van het beroep van belastingconsulent», *Fiskofoon*, 1982, 97-101.

⁶ VANISTENDAEL, F., o.c., *Fiskofoon*, 1982, 97, nr. 6.

⁷ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 159, nr. 4.

⁸ TIBERGHIE, A., *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, p. 438, nr. 640.

vennootschap, van een andere consulent¹⁷ of een groep van consulenten, dan wel van onverschillig welke vennootschap, vereniging, instelling of organisme van privaot- of publiekrechtelijke aard¹⁸. In dit verband werd de bedenkking geformuleerd of het dienstverband waarin de fiscale consulenten kunnen opereren, niet strijdig is met de waarborg van onafhankelijkheid die het beroep moet verstrekken¹⁹, doch dit standpunt wordt niet algemeen bijgevalen²⁰.

5. Rekening houdend met deze waaier van juridische structuren binnen welke de fiscale dienstverlening momenteel plaatsvindt, zal deze studie een analyse maken van zowel de burgerlijke als de strafrechtelijke aansprakelijkheid van fiscale consulenten. Daarbij zal het accent gelegd worden op de toestand van de belastingconsulent die, volgens hierboven gemaakte afspraken, beschouwd wordt als de persoon die van de fiscale dienstverlening zijn hoofdberoep heeft gemaakt. Gelet op de omvang van het studieobject, zal in een eerste deel een onderzoek plaatsvinden naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de belastingconsulent in de veronderstelling dat hij als zelfstandige alleen en voor eigen rekening optreedt. In een tweede deel zal zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid worden onderzocht. In dit tweede deel zal ook nagegaan worden in welke mate andere vormen van beroepsuitoefening deze burgerlijke en strafrechtelijke aansprakelijkheidsregels beïnvloeden. Ten slotte zal de aansprakelijkheid worden onderzocht van fiscale consulenten die zich slechts sporadisch of occasioneel met fiscaliteit inlaten. Dit onderzoek zal beperkt blijven tot de situatie van de accountant, de advocaat, de bedrijfsrevisor en de notaris.

DE CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE PERSOONLIJK EN ZELFSTANDIG OPTREDENDE BELASTINGCONSULENT

6. Het is de bedoeling om hierna de civielrechtelijke aansprakelijkheid te onderzoeken van de belastingconsulent, d.w.z. de persoon die van de fiscale dienstverlening zijn hoofdberoep maakt, doch enkel wanneer hij dit beroep uitoefent als een zelfstandige die alleen en voor eigen rekening werkt.

Voor een goed begrip van de aansprakelijkheid van de belastingconsulent is het echter nuttig vooraf zijn taken en opdrachten te omschrijven. Deze taakomschrijving moet het ook mogelijk maken enkele reflecties te wijden aan het huidige juridisch statuut van de belastingconsulent, en meer bepaald aan de vraagstelling of hij dient te worden beschouwd als een «handelaar» in de zin van het Wetboek van Koophandel.

¹⁷ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 160, nr. 5.

¹⁸ Cf. BOEYKENS, G., e.a., «Wetsvoorstel tot instelling van een Orde van belastingconsulenten», *Parl. St., Kamer*, 1973-1974, nr. 698/1, 5 (art. 2).

¹⁹ DUBOIS, H., o.c., *Fiskofoon*, 1981, 98.

²⁰ Zo bv. VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 160 (voetnoot 19).

I. TAAKOMSCHRIJVING VAN DE BELASTINGCONSULENT

7. Gezien de afwezigheid van elke wettelijke regeling van het beroep is de taakomschrijving van de belastingconsulent niet in een wettekst vastgelegd. Wel heeft de rechtsleer op een vrij volledige wijze de bestaande praktijken beschreven²¹, en komt ze tot het besluit dat de taak en rol van de belastingconsulent essentieel in drie hoofdactiviteiten bestaat²². Dit zijn (i) het verlenen van advies in fiscale en parafiscale²³ aangelegenheden, (ii) het bijstaan van de belastingplichtigen bij het vervullen van hun fiscale verplichtingen, en (iii) het behartigen van de belangen van de belastingplichtigen bij de belastingadministratie. Eventueel kan bij het uitvoeren van de twee laatstgenoemde taken de belastingconsulent zijn cliënten die hem daartoe volmacht hebben gegeven, bij diezelfde administratie vertegenwoordigen. Bijkomend kan aan deze lijst van activiteiten nog toegevoegd worden het verlenen van advies inzake boekhoudkundige, administratieve, financiële of algemeen juridische aangelegenheden, alsmede een gedeeltelijke betrokkenheid bij de organisatie, de controle, de analyse of zelfs het voeren van de boekhouding van de cliënteel, doch slechts in zoverre deze opdrachten verband houden met typisch fiscale taken zoals deze hierboven werden opgesomd²⁴.

Naast al deze taken die aan de belastingconsulent worden toevertrouwd door zijn cliënteel, d.w.z. zijn directe opdrachtgevers, heeft hij nog een morele taak te vervullen die erin bestaat ten behoeve van de gemeenschap, vertegenwoordigd door de overheid, bij te dragen tot een correcte toepassing van de belastingwetgeving²⁵. In het tweede deel van deze studie zal blijken dat tekortkomingen bij het vervullen van deze morele taak onder bepaalde omstandigheden evenzeer aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheid.

De onderscheiden wetsvoorstellen tot regeling van het beroep van belastingconsulent bevestigen grotendeels de driedigheid van de hoofdplicht van de belastingconsulent, maar breiden deze rol soms uit tot een algemene bevoegdheid om als lasthebber de belastingplichtigen te vertegenwoordigen in fiscale zaken, en dit zowel in rechte als ten opzichte van de belastingbesturen²⁶. Zulk een uitbreiding is

²¹ Zie o.a. GEENS, G., o.c., *Fiskofoon*, 1979, 31; VANHORENBEECK, W., o.c., *Fiskofoon*, 1976, 80, nr. 16.

²² VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 160, nr. 6.

²³ Een verwijzing naar parafiscale aangelegenheden wordt gemaakt door VANHORENBEECK, W., o.c., *Fiskofoon*, 1976, 80, nr. 16, en ook door BOEYKENS, G. e.a., «Wetsvoorstel tot instelling van een Orde van belastingconsulenten», *Parl. St., Kamer*, 1973-1974, nr. 698/1, 4 (art. 2).

²⁴ Cf. GEENS, G., o.c., *Fiskofoon*, 1979, 31. Deze bijkomende taken worden zelfs specifiek vermeld in de wetsvoorstellen Claes en Wauthy (CLAES, W. e.a., «Wetsvoorstel tot hervorming van het revisoraat», *Parl. St., Kamer*, 1982-1983, nr. 414/1, 69; WAUTHY, E., «Wetsvoorstel houdende organisatie van het beroep van belastingconsulent», *Parl. St., Kamer*, 1984-1985, nr. 1212/1, 10).

²⁵ GEENS, G., *ibid.*

²⁶ CLAES, W. e.a., «Wetsvoorstel tot hervorming van het revisoraat», *Parl. St., Kamer*, 1982-1983, nr. 414/1, 69 (art. 96); WAUTHY, E., «Wetsvoorstel houdende organisatie van het beroep

een duidelijke inbreuk op het pleit- en vertegenwoordigingsmonopolie in gerechtszaken waar de advocaten, behoudens uitzondering, over beschikken²⁷. In de huidige stand van zaken dienen de belastingplichtigen een fiscaal geschil voor de rechterlijke instanties ofwel zelf te bepleiten, ofwel in handen te geven van een advocaat die hen tevens kan vertegenwoordigen zonder van enige volmacht te moeten doen blijken²⁸. De belastingconsulent kan zijn cliënten daar momenteel niet bij behulpzaam zijn.

Naast het doorbreken van het pleit- en vertegenwoordigingsmonopolie van de advocaten, is het opmerkelijk dat bepaalde voorstellen tot een wettelijke regeling van het beroep aan de belastingconsulent zelf een beperkt monopolie wensen te geven. Dit monopolie kan bestaan in een exclusief vertegenwoordigingsrecht bij de belastingbesturen van belastingplichtigen waarvan de jaaromzet een vooropgesteld bedrag overschrijdt²⁹, of ook nog in een exclusief recht om ten name van belastingplichtigen met de belastingbesturen akkoorden te sluiten, of de belangen van belastingplichtigen bij geschil voor de belastingadministratie te verdedigen³⁰. Zulke monopolies zijn niet door de belastingconsulenten gevraagd, doch zijn voorgesteld door de belastingadministratie³¹, die verkiest te handelen met personen die verondersteld kunnen worden deskundig en te goeder trouw te zijn. Monopolie, deskundigheid en goede trouw zijn in dit opzicht onverbrekkelijk met elkaar verbonden.

II. IS DE BELASTINGCONSULENT EEN HANDELAAR?

8. De vraag of de belastingconsulent die als zelfstandige zijn beroep uitoefent, overeenkomstig het Wetboek van Koophandel als een handelaar moet worden beschouwd, is niet zonder belang wegens de juridische gevolgen die aan het statuut verbonden zijn.

Allereerst dienen kooplieden ingeschreven te zijn in het handelsregister³². Elk exploit van dagvaarding uitgaande van een koopman dient het nummer van diens inschrijving in het handelsregister te vermelden³³. Bij gebrek aan zulk een vermelding, zal de rechter de eis van de handelaar ambtshalve onontvankelijk verklaren³⁴. Voorts is de sanctie van onontvankelijkheid toepasselijk op elke hoofdeis, te-

geneis of eis tot tussenkomst welke zijn grond vindt in een handelswerkzaamheid waarvoor de verzoeker niet is ingeschreven in het handelsregister³⁵. Hieruit kan afgeleid worden dat de vermelding van de inschrijving slechts vereist is wanneer de handelaar als eiser, en niet als verweerder, optreedt en ook wanneer de eis van de handelaar zijn oorzaak vindt in een daad van koophandel³⁶. Niet voldoen aan de verplichte inschrijving in het handelsregister kan voor de handelaar niet alleen tot de zoëven vermelde civielrechtelijke sancties aanleiding geven, maar evenzeer tot strafrechtelijke sancties. Zo wordt het uitoefenen van een handelswerkzaamheid zonder ingeschreven te zijn in het handelsregister, bestraft met een geldboete en onder bepaalde voorwaarden zelfs met gevangenisstraf en de verzegeling van de lokalen waarin de handel wordt gedreven³⁷.

Daarenboven kan het uitoefenen van een handelswerkzaamheid zonder vooraf ingeschreven te zijn in het handelsregister beschouwd worden als een praktijk die strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken³⁸. Wanneer deze tekortkoming door de voorzitter van de rechtbank van koophandel wordt vastgesteld, kan hij ofwel aan de overtreder een termijn gunnen om aan de vastgestelde tekortkomingen een einde te maken, ofwel de staking van de werkzaamheid bevelen³⁹.

Voorts heeft het statuut van handelaar nog andere gevolgen zoals de toepassing van de Faillissementswet, de wetten op het gerechtelijk akkoord, en de boekhoudwetgeving, de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel, en een bijzondere bewijs- en aansprakelijkheidsregeling⁴⁰.

9. Wijzen bovenstaande elementen op het belang van een juiste beoordeling van het juridisch statuut van de belastingconsulent, dan toont een onderzoek van de heersende rechtspraak en rechtsleer aan dat de vraag of een zelfstandig belastingconsulent een handelaar is, vooralsnog positief zou dienen beantwoord te worden⁴¹.

De redenering die gevolgd wordt om te besluiten dat de belastingconsulent een handelaar is, kan als volgt worden samengevat:

Het Wetboek van Koophandel beschouwt als een daad van koophandel elke onderneming van agentschappen en zakenkantoren⁴². De rechtsleer merkt als agentschappen of zakenkantoren aan elke onderneming die er zich op toelegt tegen vergoeding andermans zaken te besturen zonder daartoe opdracht te hebben gekregen van de overheid of de gerechten⁴³.

³⁵ Art. 42 K.B. Handelsregister.

³⁶ BONTE, J.-Ph., «Zijn belastingconsulent en accountants handelaars?», *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1985, afl. 6, 15.

³⁷ Art. 44 K.B. Handelsregister.

³⁸ Art. 54bis, wet 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, B.S., 30 juli 1971, ingevoegd bij art. 95, wet van 4 augustus 1978, B.S., 17 augustus 1978 (hierna verkort geciteerd: Handelspraktijkenwet).

³⁹ Art. 55bis Handelspraktijkenwet, ingevoegd bij art. 96, wet 4 augustus 1978, B.S., 17 augustus 1978.

⁴⁰ BONTE, J.-Ph., o.c., *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1985, afl. 6, 20.

⁴¹ Kh. Brussel, 6 oktober 1981, B.H.R., 1982, 287; BONTE, J.-Ph., o.c., *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1985, afl. 6, 13-20.

⁴² Art. 2, W. Kh.

⁴³ VAN RYN, J., en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, nr. 380.

van belastingconsulent», *Parl. St., Kamer*, 1984-1985, nr. 1212/1, 9 (art. 14). De bevoegdheid van belastingconsulenten om hun cliënten ook in rechte bij te staan en te vertegenwoordigen wordt bepleit door DENYS, L.A. en HAUSTRAETE, J., o.c., *Alg. Fisc. T.*, 1983, 112.

²⁷ Art. 440, eerste lid, Ger. W.

²⁸ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 161-162, nr. 9.

²⁹ WAUTHY, E., «Wetsvoorstel houdende organisatie van het beroep van belastingconsulent», *Parl. St., Kamer*, 1984-1985, nr. 1212/1, 16-17 (artt. 46 en 48).

³⁰ Cf. CHAPKIS, R., o.c., *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1987, afl. 4, 3-4.

³¹ DENYS, L.A. en HAUSTRAETE, J., o.c., *Alg. Fisc. T.*, 1983, 112; DENYS, L., o.c., *Alg. Fisc. T.*, 1988, 40.

³² Art. 1, K.B. 20 juli 1964 tot coördinering van de wetten betreffende het handelsregister, B.S., 8 augustus 1964 (hierna verkort geciteerd: K.B. Handelsregister).

³³ Art. 41 K.B. Handelsregister.

³⁴ *Ibid.*

De rechtspraak heeft daar nochtans een bijkomende voorwaarde aan toegevoegd, namelijk dat om een handelaar te zijn, zulk een onderneming haar diensten aan het publiek moet aanbieden en daartoe ook moet zijn ingericht⁴⁴. Een onderneming richt zich tot het publiek wanneer zij haar diensten beschikbaar stelt aan een ieder die er een beroep wil op doen, doch niet wanneer zij haar dienstverlening zou beperken tot een of meer bepaalde personen⁴⁵. Het maken van reclame via advertenties in de pers⁴⁶, of het vermelden van de titel van belastingconsulent op briefhoofd samen met de aanduiding dat «men ontvangt na afspraak»⁴⁷ zijn voor de gerechten voldoende elementen om te besluiten dat een voor het publiek toegankelijk kantoor wordt opgehouden. Het maken van reclame bewijst dat men geen vrij beroep uitoefent, doch een zakenkantoor exploiteert⁴⁸.

Is voor sommige rechtspraak de opening naar het publiek van doorslaggevend belang om te bepalen of een belastingconsulent een handelaar is, dan wordt in de rechtsleer ook nog verwezen naar het winstbejag dat bij de handelaar aanwezig moet zijn, en waardoor de handelaar zich zou onderscheiden van de vrije beroepen⁴⁹. De overweging dat de belastingconsulent een intellectueel beroep uitoefent, of binnen zijn beroepscategorie aan een deontologie en interne discipline onderworpen kan zijn, verhindert niet dat het om een handelaar zou gaan⁵⁰.

10. De bovenstaande criteria die door de rechtspraak en rechtsleer worden gehanteerd om te besluiten dat de belastingconsulent een handelaar zou zijn, kunnen evenzeer aangewend worden om tot tegengestelde conclusies te komen.

Allereerst is er de stelling dat de belastingconsulent een zakenkantoor zou exploiteren. Dit wil zeggen dat de belastingconsulent andermans zaken zou besturen, en als tussenpersoon optreden tussen de belastingplichtigen en de belastingoverheid⁵¹. Dit zou in 't bijzonder gebeuren wanneer de belastingconsulent allerhande belastingformulieren van zijn cliënteel zou (mede-)ondertekenen⁵². Het ondertekenen van aangiften of andere belastingformulieren van de cliënteel is, anders dan het opstellen of invullen ervan, geen wezenlijke taak van de belastingconsulent. Men hoeft immers geen belastingdeskundige te zijn om als gevolmachtigde van andere belastingplichtigen hun fiscale documenten te ondertekenen. Net zoals door anderen reeds voor de accountant gesteld werd⁵³, kan ook van de belastingconsulent gezegd worden dat hij geen tussenpersoon is, maar veeleer een advies- en verzorgingsfunctie heeft. Hij handelt even-

zeer binnen het kader van zijn advies- en verzorgingstaak wanneer hij de belangen van zijn cliënteel bij de belastingadministratie behartigt, of zijn cliënteel vertegenwoordigt.

Een ander criterium is de opening naar het publiek die de beroepsuitoefening van de belastingconsulent in de commerciële sfeer zou doen belanden. Het maken van reclame behoort nochtans niet tot het klassieke beroepsprofiel dat de belastingconsulenten zichzelf toemeten. Zij menen zelfs de nodige terughoudendheid aan de dag te leggen bij het naar buiten bekendmaken van hun diensten⁵⁴.

Ten slotte is er het winstbejag dat het typische kenmerk van de handelaar zou zijn. Deze stelling komt overeen met de opvatting dat de beoefenaars van de «echte» vrije beroepen zoals de advocaten, notarissen, geneesheren of architecten, traditioneel afkerig staan van elk winstbejag, maar zich eerder bekommerd weten om de ethische en esthetische aspecten van hun beroep⁵⁵. Deze theorie kan heden ten dage op zijn minst als achterhaald beschouwd worden daar alle ondernemingen, met inbegrip van de vrije beroepen, zoveel mogelijk winst nastreven⁵⁶.

11. Dit alles leidt tot de vaststelling dat het begrip «handelaar» zoals dit in het Wetboek van Koophandel is gedefinieerd, niet steunt op heldere begrippen⁵⁷, en vatbaar is voor aanpassing aan de huidige fenomenen van het sociaal-economisch leven. Dit betekent ook dat een groot aantal belastingconsulenten die zich houden aan de zelfdiscipline die het vrije-beroepskarakter van hun activiteiten oplegt, zelfs in de huidige stand van het recht niet als handelaars dienen te worden beschouwd. Uiteraard zou een optreden van de wetgever zoals dit onlangs is gebeurd voor de accountant⁵⁸, alle verdere twijfels omtrent dit vrijeberoepsstatuut van de belastingconsulent kunnen wegnemen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gebeuren bij een eventuele wettelijke regeling van het beroep⁵⁹.

III. DE BURGERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BELASTINGCONSULENT

12. De aansprakelijkheid van de belastingconsulent is een probleem met vele facetten. Zo zal onderscheid moeten worden gemaakt tussen de civiele en de strafrechtelijke aansprakelijkheid. De strafrechtelijke aansprakelijkheid vindt noodzakelijkerwijze haar oorsprong in een overtreding van een regel van het strafrecht die uitdrukkelijk door de wet is bepaald⁶⁰, en daarbij beperkend of eng moet worden geïnterpreteerd⁶¹. Daarom is bij strafrechtelijke aansprakelijkheid de regel die overtreden wordt, vrij nauwkeu-

⁴⁴ Brussel, 29 januari 1975, *Pas.*, 1975, II, 104.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Kh. Brussel, 6 oktober 1981, *B.R.H.*, 1982, 288.

⁴⁸ Brussel, 29 januari 1975, *Pas.*, 1975, II, 103.

⁴⁹ BONTE, J.-Ph., o.c., *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1985, afl. 6, 14.

⁵⁰ BONTE, J.-Ph., o.c., *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1985, afl. 6, 13.

⁵¹ Cf. CHRISTIAENS, A., *De burgerlijke aansprakelijkheid van de accountant*, (Referaat B.A.B. seminarie van 20 en 21 november 1987 te Oostende), s.l., B.A.B., 1987, 24.

⁵² BONTE, J.-Ph., o.c., *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1985, afl. 6, 13.

⁵³ CHRISTIAENS, A., o.c., 24.

⁵⁴ DENYS, L., o.c., *Alg. Fisc. T.*, 1988, 39.

⁵⁵ Cf. Kh. Brussel, 15 december 1969, *B.R.H.*, 1970, 293.

⁵⁶ CHRISTIAENS, A., o.c., 24.

⁵⁷ CHRISTIAENS, A., *ibid.*

⁵⁸ CHRISTIAENS, A., o.c., 25.

⁵⁹ Zo vermeldt het wetsvoorstel Boeykens uitdrukkelijk in artikel 2 dat de belastingconsulent in zoverre hij optreedt als zelfstandige, een vrij beroep uitoefent. Zie BOEYKENS, G. e.a., «Wetsvoorstel tot instelling van een Orde van belastingconsulenten», *Parl. St., Kamer*, 1973-1974, nr. 698/1, 5.

⁶⁰ Het principe «nullum crimen, nulla poena sine lege» wordt geponeerd door art. 9 Grondwet.

⁶¹ BEKAERT, H., *Handboek voor studie en praktijk van het Belgisch strafrecht*, Antwerpen, Ontwikkeling, 1965, p. 83, nr. 126.

rig bepaald. In geval van civiele aansprakelijkheid, is de grens tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare niet altijd even duidelijk getrokken⁶². De fout die aanleiding geeft tot civiele aansprakelijkheid, kan zowel begaan zijn binnen een contractuele context door het niet naleven van de aangegane verbintenissen, als buiten elke overeenkomst om door het stellen van een onrechtmatige daad. Daarnaast is er nog de aansprakelijkheid zonder fout wegens het verbreken van het evenwicht tussen naburige eigendommen door het veroorzaken van hinder die de normale lasten van nabuurschap te boven gaat⁶³. Uiteraard kan de foutloze aansprakelijkheid buiten beschouwing gelaten worden bij de bespreking van de professionele aansprakelijkheid van de belastingconsulent.

13. Hierna wordt in eerste instantie de contractuele aansprakelijkheid van de belastingconsulent onderzocht, namelijk de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de contractuele band tussen de belastingconsulent en zijn cliënten. Vervolgens zal de buitencontractuele aansprakelijkheid aan bod komen, d.w.z. de aansprakelijkheid voor schade berokkend aan derden waaronder alle andere personen dan de cliënten van de belastingconsulent moeten worden gerangschikt. In een tweede deel zal de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de belastingconsulent worden ontleed.

A. De contractuele aansprakelijkheid

14. Het contract dat de belastingconsulent met zijn cliënten sluit, is geen bijzonder contract dat door de wetgever afzonderlijk is geregeld⁶⁴. Ook verdient het geen aanbeveling de totale rechtsverhouding die tussen de belastingconsulent en zijn cliënten bestaat, te rangschikken onder een van de in het Burgerlijk Wetboek geregelde benoemde contracten⁶⁵. Zoals boven reeds werd aangeduid, betreft de fiscale dienstverlening immers een drietal hoofdtaken. Deze taken dienen, naargelang hun inhoud en draagwijdte, juridisch op verschillende wijze benoemd te worden, en zullen tot een andere rechtsverhouding aanleiding geven. Het is daarom belangrijk de onderscheiden deeltaken van de belastingconsulent juridisch te analyseren en op grond daarvan de concrete rechtsverhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten te bepalen.

1. Juridische analyse van de fiscale dienstverlening

15. De drie hoofdactiviteiten van de belastingconsulent werden boven (zie nr. 7) beschreven als zijnde (i) het verstrekken van fiscaal advies, (ii) het bijstaan (en eventueel vertegenwoordigen) van de belastingplichtigen en (iii) het behartigen van de belangen (en eventueel vertegenwoordigen) van de belastingplichtigen bij de administratie. Bijkomend voor de belastingconsulent is het verlenen van advies inzake boekhoudkundige of algemeen juridische aangelegenheden, alsmede een gedeeltelijke betrokkenheid bij de organisatie, de controle, de analyse of het voeren van de boekhouding van zijn cliënten.

16. Bij het verstrekken van fiscaal advies kan de belastingconsulent gevraagd worden zijn cliënten te adviseren over de correcte uitleg en toepassing van de belastingwetten met betrekking tot een specifiek probleem⁶⁶, of zijn cliënten in te lichten over de fiscale gevolgen van beslissingen en maatregelen die worden overwogen⁶⁷, of van toestanden die zich eventueel in de toekomst zouden kunnen voordoen. Het is zelfs mogelijk dat het fiscaal advies de motor is die bij bepaalde belastingplichtigen een beslissingsproces op gang brengt om bepaalde rechtshandelingen te verrichten of structuren op te zetten die tot doel hebben op een volkomen geoorloofde wijze hun belastingdruk te verminderen. Deze verschillende vormen van fiscale adviesverlening moeten juridisch gekwalificeerd worden als een verhuur van diensten of de aanneming van (intellectueel) werk⁶⁸.

17. Aanneming van werk kenmerkt ook de relatie tussen de belastingconsulent en zijn cliënten wanneer eerstgenoemde laatstgenoemden bijstaat in het vervullen van hun fiscale verplichtingen zonder hen daarbij evenwel te vertegenwoordigen⁶⁹. Hiermee wordt essentieel bedoeld dat de belastingconsulent in naam en voor rekening van zijn cliënten hun belastingaangiften (in de inkomstenbelastingen, B.T.W., successierechten, enz.) of nog andere fiscale documenten (zoals bv. bezwaarschriften) invult of opstelt. Voor zover de belastingconsulent deze documenten niet zelf ondertekent en bij de belastingadministratie indient krachtens een volmacht die zijn cliënten hem hebben gegeven, handelt hij nog steeds binnen een contractuele band van aanneming van werk die bestaat in het verrichten van materiële en intellectuele werkzaamheden⁷⁰. Mocht de belastingconsulent deze documenten wel degelijk zelf ondertekenen en indienen, dan vertegenwoordigt hij zijn cliënten bij de belastingadministratie en dient de rechtsverhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten als een lastgeving gekwalificeerd te worden⁷¹. Heeft de belastingconsulent de fiscale documenten die hij voor rekening van de cliënten heeft ondertekend en bij de belastingadministratie heeft ingediend, ook zelf ingevuld of opgesteld, dan is er sprake van een gemengd contract dat zowel in een aanneming van werk als in een lastgeving bestaat⁷².

18. Deze tweeledigheid in de rechtsverhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten kan ook teruggevonden worden bij de derde hoofdtaak, namelijk wanneer de belastingconsulent de belangen van zijn cliënten behartigt bij de belastingadministratie. Het behartigen van de belangen van de cliënteel vindt plaats bij een geschil tussen de belasting-

19. Het behartigen van de belangen van de cliënteel vindt plaats bij een geschil tussen de belasting-

⁶² CHRISTIAENS, A., o.c., 3.

⁶³ Het principe van de foutloze aansprakelijkheid is gebaseerd op de rechtspraak bij haar interpretatie van het eigendomsrecht zoals dit vervat ligt in art. 544 B.W. Cf. Cass., 6 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 915.

⁶⁴ VAN ISTENDAEL, F., o.c., *Fiskofoon*, 1982, 97, nr. 5, stelt dat de verhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten beheerst wordt door de algemene regels van het contractenrecht zoals die in het Burgerlijk Wetboek zijn vervat.

⁶⁵ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 164, nr. 11.

⁶⁶ Cf. VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 160, nr. 7.

⁶⁷ Cf. VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 161, nr. 7.

⁶⁸ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 164, nr. 12.

⁶⁹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*

⁷⁰ Cf. VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 165, nr. 12.

⁷¹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 165, nr. 13.

⁷² VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 164, nr. 11.

administratie en zijn cliënten⁷³, of wanneer de belastingconsulent aanvaardt al datgene te doen wat nodig of nuttig is voor zijn cliënten zoals het doen van voorafbetalingen of het vervullen van allerhande formaliteiten⁷⁴. Daartoe kan ook behoren het maken van bepaalde afspraken met de belastingadministratie betreffende de fiscale gevolgen van bestaande of toekomstige situaties zonder dat er van enig geschil sprake is. Bij het uitvoeren van deze opdrachten kan de belastingconsulent optreden als eenvoudig raadsman van zijn cliënten die zelf de nodige rechtshandelingen verrichten, of als gevolmachtigde van zijn cliënten die hem de opdracht gegeven hebben om hen bij de belastingadministratie te vertegenwoordigen, en in hun naam en voor hun rekening zekere rechtshandelingen te verrichten. Al naar gelang van het geval, zal ook deze rechtsverhouding hetzij als een aanneming van werk, hetzij als een lastgeving, hetzij als een gemengd contract waarin deze beide elementen aanwezig zijn, gekwalificeerd worden⁷⁵.

19. De bijkomende taken van de belastingconsulent die, zoals reeds eerder werd gezegd, zie nr. 7, kunnen bestaan in het verlenen van adviezen inzake boekhouding, administratie, of financiële en juridische aangelegenheden, of zelfs het organiseren, controleren, analyseren of voeren van de boekhouding, zijn principieel te beschouwen als de aanneming van werk. Evenwel zullen zij vaak een onderdeel uitmaken van één of meer hoofdtaken van de belastingconsulent die boven zijn opgesomd.

20. In het kader van de uitoefening van zijn hoofd- of bijkomende taken kan het gebeuren dat de belastingconsulent door zijn cliënten in het bezit wordt gesteld van een aantal documenten zoals notariële akten, contracten, boekhoudkundige stukken, enz. De belastingconsulent zal deze documenten zolang bewaren en gebruiken als nodig is voor de behandeling van het fiscaal dossier van zijn cliënten, maar ze dienen daarna te worden teruggegeven. De vraag rijst of deze overhandiging van documenten leidt tot het ontstaan van een afzonderlijk contract van bewaargeving, dan wel als een onderdeel van het hoofdcontract van aanneming van werk of van lastgeving dient te worden beschouwd. De meningen schijnen hierover verdeeld te zijn⁷⁶. Voor sommigen gaat het inderdaad om een afzonderlijke bewaargevingsovereenkomst zoals deze geregeld is in het Burgerlijk Wetboek⁷⁷. Anderen menen dat in het geval van de belastingconsulent één van de essentiële elementen van het bewaargevingscontract, namelijk de gemeenschappelijke bedoeling van de bewaargever en de bewaarnemer om een roerend goed van eerstgenoemde door laatstgenoemde te doen bewaren, niet aanwezig is. Zij leiden daaruit af dat de overhandiging van documenten aan de belastingconsulent slechts bijkomend is bij het hoofdcontract dat ofwel

een aanneming van werk, een lastgeving of beide samen kan zijn. De verbintenissen die uit deze verhouding voortvloeien, zullen dan overeenkomstig het principe «accessorium sequitur principale» bepaald en geregeld worden op basis van de regels van het hoofdcontract⁷⁸. De verschillende opvattingen aangaande de juridische kwalificatie van de overhandiging van documenten door de cliënteel zullen voor de belastingconsulent echter weinig praktische gevolgen met zich mede brengen aangezien hij onder elke veronderstelling gehouden zal zijn tot het bewaren en het teruggeven van de documenten, en deze verbintenissen ongeacht hun juridische benaming op gelijksoortige wijze zullen worden beoordeeld⁷⁹.

2. Bijzondere problemen in verband met de lastgeving

21. Wanneer de belastingconsulent zijn cliënten vertegenwoordigt, dan treedt hij op krachtens een mandaat of lastgeving. Enerzijds zijn er belangrijke beperkingen gesteld met betrekking tot dit vertegenwoordigingsrecht. Anderzijds is het nuttig enige aandacht te besteden aan de bewijsvoering, en aan de omvang en draagwijdte van de lastgeving.

22. Wat betreft de beperkingen aan het vertegenwoordigingsrecht van de belastingconsulent, is boven (zie nr. 7) reeds vermeld dat de belastingconsulent zijn cliënten slechts kan vertegenwoordigen bij de belastingadministratie, doch niet voor de hoven en rechtbanken waar de belastingplichtigen in persoon dienen te verschijnen, of zich kunnen laten vertegenwoordigen door een advocaat. In tegenstelling tot de advocaat, moet de belastingconsulent, wanneer hij zijn cliënten bij de belastingadministratie vertegenwoordigt, doen blijken van een behoorlijke volmacht⁸⁰. Voorts beschikt de belastingconsulent ter zake van zijn vertegenwoordigingsrecht bij de belastingadministratie over geen enkel monopolie, en kunnen de belastingplichtigen, behoudens wettelijke beperkingen, zich in hun relaties met de belastingadministratie steeds laten vertegenwoordigen door een lasthebber⁸¹ zonder dat deze lasthebber over een bijzondere kwalificatie hoeft te beschikken⁸².

23. Moet de belastingconsulent dus van zijn lastgeving doen blijken, dan rijst meteen de vraag naar de bewijsvoering van zijn volmacht. De lastgeving is volgens de geldende principes van het burgerlijk recht een consensueel contract dat door de loutere wilsovereenstemming tussen lastgever en lasthebber rechtsgeldig tot stand komt zonder aan enige formaliteit onderworpen te zijn⁸³. Derhalve moet de

⁷³ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 161, nr. 9.

⁷⁴ DENYS, L.A. en HAUSTRAETE, J., *o.c.*, *Alg. Fisc. T.*, 1983, 112, stellen dat dit zelfs verder gaat dan het verlenen van advies (contract van aanneming van werk) of het vertegenwoordigen van de belastingplichtigen (lastgeving), maar geven geen verdere precisering omtrent de juridische kwalificatie van deze activiteit.

⁷⁵ Cf. VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 161, nr. 9, en 168, nr. 17.

⁷⁶ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 170, nr. 18.

⁷⁷ Artt. 1927 tot 1948 B.W.

⁷⁸ Cf. VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 170, nr. 18.

⁷⁹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 170, nr. 18, p. 179, nr. 35. Het bewaren van de documenten is een inspanningsverbintenis die met dezelfde zorg moet worden uitgevoerd als van een normaal zorgvuldig en omzichtig belastingconsulent mag worden verwacht (zie nr. 29). Het teruggeven van de documenten is een resultaatsverbintenis (zie nr. 38) zodat enkel overmacht of vreemde oorzaak de belastingconsulent kunnen ontslaan van het nakomen van zijn verbintenis.

⁸⁰ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 161, nr. 8.

⁸¹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 165, nr. 13.

⁸² Cf. TIBERGHIE, A., *o.c.*, p. 438, nr. 640.

⁸³ VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 165, nr. 14.

lastgeving niet het voorwerp uitmaken van een akte of geschrift, maar kan ze ook mondeling, of zelfs stilzwijgend tot stand komen⁸⁴. Deze principes van het burgerlijk recht aangaande het ontstaan van de lastgeving worden door het fiscaal recht principieel ongemoeid gelaten⁸⁵. Dit geldt ook voor de bewijsvoering omtrent de lastgeving waar de regel geldt dat wie zich op het mandaat beroept, het bestaan ervan zal moeten bewijzen⁸⁶. Deze bewijslast zal in de relatie tussen de belastingplichtigen en de belastingadministratie op één van beiden rusten al naargelang de belastingplichtigen het bestaan van een mandaat inroepen tegen de belastingadministratie, of omgekeerd. In de relatie tussen de belastingconsulent die als gevolmachtigde van de belastingplichtigen optreedt, en de belastingadministratie, zal laatstgenoemde vaak de overlegging van een geschreven volmacht eisen ten einde zich van het bestaan van de lastgeving te vergewissen⁸⁷, maar de belastingadministratie is daartoe geenszins verplicht⁸⁸. Een geschreven volmacht levert enkel voldoende bewijs van de lastgeving wanneer zowel lasthebber als lastgever dit document hebben ondertekend⁸⁹. Pas uit de aanwezigheid van de twee handtekeningen zal immers blijken dat de opdracht die de lastgever heeft gegeven, ook door de lasthebber is aanvaard. Mocht de handtekening van de lasthebber ontbreken, dan zal de belastingadministratie de lastgeving met alle middelen van recht, waaronder getuigen, vermoedens, de bekentenis en de eed, kunnen bewijzen. Het bestaan van een slechts door de lastgever ondertekend document zal deze bewijsvoering wel vergemakkelijken⁹⁰, al ware het reeds door de uitvoering ervan door de lasthebber die als een stilzwijgende aannemering van het mandaat mag beschouwd worden⁹¹. Ten slotte wordt in de relatie tussen de belastingconsulent en zijn cliënten, die allen partij zijn bij de lastgevingsovereenkomst, de bewijsvoering geleverd overeenkomstig de gemeenrechtelijke bewijsregels die vereisen dat, zodra een contract de waarde van 3.000 BEF te boven gaat, een materiële of onderhandse akte wordt opgemaakt⁹², tenzij in de gevallen waarin volgens het gemene recht ook andere bewijsmiddelen toegelaten zijn⁹³. Deze gemeenrechtelijke regels lijden echter uitzondering in handelszaken, waarin, behoudens andersluidende bepalingen in de wet, alle soorten van bewijs toelaatbaar zijn zelfs tegen en boven de inhoud van bestaande akten⁹⁴. Daar alle verbintenissen van

handelaars principieel handelsverbintenissen zijn⁹⁵, onderstreept dit onderscheid in de regels van bewijsvoering tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht nogmaals het belang van het juiste antwoord op de boven gestelde vraag of de belastingconsulent een handelaar is.

24. Een ander probleem dat zich bij de lastgevingsovereenkomst voordoet, bestaat erin de juiste omvang en draagwijdte van de gegeven opdracht te kennen. Er kan weinig twijfel over bestaan dat een lastgeving waarbij de lastgever aan de lasthebber opdraagt om hem bij de belastingadministratie te vertegenwoordigen als een bijzonder mandaat, en niet als een algemeen of onbeperkt mandaat te beschouwen is⁹⁶. Volgens het Burgerlijk Wetboek betreft het algemeen mandaat immers alle zaken van de lastgever⁹⁷, en dit is kennelijk niet de bedoeling in de rechtsverhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten. Dit neemt niet weg dat een bijzonder mandaat toch in algemene bewoordingen kan zijn uitgedrukt⁹⁸. Is een mandaat in zulke algemene bewoordingen opgesteld, dan kan de lasthebber slechts daden van beheer stellen, met uitsluiting van daden van beschikking⁹⁹. Daden van beschikking kunnen door de lasthebber worden gesteld binnen het kader van een uitdrukkelijk mandaat¹⁰⁰. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de omvang van het mandaat van de belastingconsulent blijkt dat de volmacht aan de belastingconsulent gegeven om «belastingaangelegenheden te regelen» geïnterpreteerd wordt als een bijzondere en zelfs uitdrukkelijke volmacht zodat de belastingconsulent niet alleen met de belastingadministratie kan onderhandelen (d.w.z. daden van beheer stellen), maar ook een akkoord kan sluiten (d.w.z. daden van beschikking stellen) mits er geen twijfel bestaat over de wil van de opdrachtgever om zulke uitgebreide machten aan de belastingconsulent toe te vertrouwen¹⁰¹. Het is daarom raadzaam in elke concrete situatie de omvang en draagwijdte van de lastgevingsovereenkomst tussen de belastingconsulent en zijn cliënten zo nauwkeurig mogelijk te bepalen ten einde latere misverstanden of mogelijke betwistingen tussen partijen onderling of tussen partijen en de belastingadministratie te vermijden¹⁰².

3. De aansprakelijkheidsregeling

3.1. ALGEMEEN

25. Uit bovenstaande (zie nrs. 16-18) analyse van de

⁸⁴ Art. 1985 B.W.

⁸⁵ Cf. VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 165, nr. 14, inzake het indienen van bezwaarschriften in de inkomstenbelastingen.

⁸⁶ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, p. 165, nr. 14, verklaart dit als de eenvoudige toepassing van het algemeen bewijsrechtelijk principe dat degene die iets beweert, het ook moet bewijzen, ofwel «actori incumbit probatio».

⁸⁷ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 166, nr. 14.

⁸⁸ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 166, voetnoot 81.

⁸⁹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 166, nr. 14.

⁹⁰ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 166, nr. 14.

⁹¹ Art. 1985 B.W.

⁹² Art. 1341, eerste lid, B.W.

⁹³ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 166, nr. 14.

⁹⁴ Art. 1341, tweede lid, B.W.; Cass., 7 mei 1908, *Pas.*, 1908, I, 174.

⁹⁵ BONTE, J.-Ph., o.c., *Accountancy & Bedrijfskunde*, 1985, afl. 6, 20.

⁹⁶ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 167, nr. 15.

⁹⁷ Art. 1987, B.W.

⁹⁸ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 167, nr. 16.

⁹⁹ Art. 1988, eerste lid, B.W.

¹⁰⁰ Art. 1988, tweede lid, B.W.

¹⁰¹ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 168, nr. 16 (en de aldaar geciteerde rechtspraak).

¹⁰² Cf. VAN OEVELEN, A., *ibid.*

rechtsverhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten is gebleken dat, afhankelijk van de inhoud en draagwijdte van de gemaakte afspraken, deze juridische band als een contract van aanneming van werk, of als een contract van lastgeving, of nog als een gemengd contract met elementen van zowel aanneming van werk als lastgeving dienen te worden beschouwd. Zoals later (zie nrs. 27-40) nog zal blijken, kan het te maken onderscheid tussen aanneming van werk en lastgeving zekere gevolgen hebben op het gebied van de aansprakelijkheid.

26. Alvorens van contractuele aansprakelijkheid te kunnen gewagen, dienen echter een drietal voorwaarden vervuld te zijn¹⁰³.

Allereerst kan de contractuele aansprakelijkheid van de belastingconsulent slechts ingeroepen worden wanneer hij door een rechtsgeldig contract met zijn cliënt is verbonden¹⁰⁴. Zulk een contract is een wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel waarbij de belastingconsulent belooft een bepaalde prestatie te leveren en de cliënt meestal belooft een prijs te betalen. De geldigheid van de overeenkomst wordt geregeld door het Burgerlijk Wetboek¹⁰⁵ en veronderstelt o.m. de aanwezigheid van een bepaald voorwerp en een geoorloofde oorzaak van de verbintenis. Daar in wederkerige contracten het voorwerp van de verbintenis van de ene partij de oorzaak is van de verbintenis van de andere partij, is de prijs die aan de belastingconsulent wordt betaald, een belangrijk element van het contract¹⁰⁶. Deze prijs of honorarium van de belastingconsulent is niet wettelijk bepaald, maar wordt vastgesteld in gemeen overleg tussen de partijen, of bij gebreke van zulk een akkoord, door de belastingconsulent zelf¹⁰⁷. Gelet op het wederkerig karakter van het contract tussen de belastingconsulent en zijn cliënten, zal eerstgenoemde onder bepaalde voorwaarden kunnen weigeren zijn verbintenissen verder uit te voeren of zelfs nog een retentierecht kunnen doen gelden op de stukken in het dossier wanneer zijn cliënten in gebreke blijven te betalen¹⁰⁸. Voorts dient de oorzaak van de verbintenis van partijen ook nog geoorloofd te zijn¹⁰⁹. De oorzaak van de verbintenis is ongeoorloofd wanneer zij strijdig is met de openbare orde of de goede zeden¹¹⁰. Als strijdig met de goede zeden moet aangemerkt worden de overeenkomst krachtens welke een belastingconsulent zijn

medewerking zou verlenen aan belastingontduiking¹¹¹.

Een tweede voorwaarde gesteld aan de contractuele aansprakelijkheid betreft de niet-uitvoering of de gebrekkige uitvoering van de contractuele verbintenissen¹¹². De verbintenissen van de belastingconsulent komen grotendeels hierop neer dat hij tijdig de overeengekomen opdrachten moet uitvoeren zelfs wanneer de uitvoering voor hem lastig of moeilijk is geworden¹¹³, en dat hij deze opdrachten ook te goeder trouw moet uitvoeren¹¹⁴. Het afbakenen van de precieze draagwijdte van de verbintenissen van partijen wordt echter niet gemakkelijk gemaakt¹¹⁵ door de bepaling van het Burgerlijk Wetboek dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alles wat door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis wordt toegekend¹¹⁶. De draagwijdte van de verbintenissen van partijen wordt ook beïnvloed door het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen¹¹⁷. Een resultaatsverbintenis verplicht de belastingconsulent tot het bereiken van een welomschreven resultaat, terwijl een inspanningsverbintenis de belastingconsulent verplicht tot het leveren van bepaalde inspanningen die tot een zeker resultaat kunnen leiden, zonder evenwel de belofte te doen dat dit resultaat effectief zal worden bereikt¹¹⁸. In de praktijk is het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen nochtans niet altijd even duidelijk te trekken, en kunnen binnen dezelfde categorie van verbintenissen heel wat gradaties voorkomen¹¹⁹.

De derde en laatste voorwaarde verbonden aan de contractuele aansprakelijkheid is het vereiste dat de niet-nakoming of de gebrekkige uitvoering van de verbintenissen van de belastingconsulent te wijten moet zijn aan diens foutieve gedraging en dat hierdoor schade werd veroorzaakt aan diens cliënten¹²⁰. Dit veronderstelt een causaal verband tussen fout en schade¹²¹. In geval van inspanningsverbintenissen wordt de fout getoetst aan het criterium van de zorg die een goed huisvader («bonus pater familias»), d.w.z. een normaal oppassend en bedachtzaam man, zou aanwenden bij het uitvoeren van zijn verbintenissen. De contractuele

¹⁰³ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 171, nr. 20.

¹⁰⁴ VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹⁰⁵ Art. 1108, B.W.

¹⁰⁶ Dit is een toepassing van het principe «do ut des» of het principe van het intern evenwicht. Volgens VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1983, 54, is de controle op het interne evenwicht van zuiver formele aard, en zal de rechter enkel nagaan of er een tegenprestatie is zonder de hoegrootheid ervan te onderzoeken. Er is dus geen reëel evenwicht vereist.

¹⁰⁷ TIBERGHIE, A., *o.c.*, nr. 643, p. 442.

¹⁰⁸ Cf. CHRISTIAENS, A., *o.c.*, 9-10, die uitlegt onder welke voorwaarden de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht kunnen worden ingeroepen door de accountant.

¹⁰⁹ Wordt het intern evenwicht tussen de wederzijdse verbintenissen aangeduid als *interne* oorzaak, dan verwijst het geoorloofd karakter van de verbintenis, d.w.z. het in orde zijn van de rechtshandeling met de openbare orde en de goede zeden, naar de *externe* oorzaak (VAN GERVEN, W., *o.c.*, 53).

¹¹⁰ Art. 6, B.W.

¹¹¹ VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 171, nr. 20.

¹¹² VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹¹³ Naar analogie met CHRISTIAENS, A., *o.c.*, 5, die op deze wijze de verbintenissen van de externe accountant beschrijft bij de uitvoering van een contract van aanneming van werk.

¹¹⁴ Art. 1134, derde lid, B.W.

¹¹⁵ VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 172, nr. 20.

¹¹⁶ Art. 1135 B.W.

¹¹⁷ Cf. VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 172, nr. 21; TIBERGHIE, A., *o.c.*, nr. 664, p. 465, gebruikt de term «middelenverbintenis» i.p.v. de term «inspanningsverbintenis».

¹¹⁸ Cf. TIBERGHIE, A., *ibid.*, en VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹¹⁹ VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 172, nr. 21; TIBERGHIE, A., *o.c.*, nr. 664, p. 465, hanteert het onderscheid tussen «middelenverbintenis» en «resultaatsverbintenis» om een scheidingslijn te trekken tussen «adviseurs» en «mandatarissen» van de belastingplichtigen. «Adviseurs» zouden zich enkel verbinden tot het verstrekken van middelen, terwijl «mandatarissen» handelen krachtens een «resultaatsverbintenis».

¹²⁰ Cf. VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 172, nr. 20.

¹²¹ Art. 1151 B.W.; VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 173, nr. 23.

aansprakelijkheid betreft hier dus de lichte fout («culpa levis in abstracto»), maar niet de allerlichtste fout («culpa levissima») of de fout die een oppassend en bedachtzaam man af en toe wel eens zou maken¹²². In geval van resultaatsverbintenissen is het bewijs van fout, schade en het oorzakelijk verband tussen beide van geen betekenis daar er aansprakelijkheid is zodra het beloofde resultaat (behoudens overmacht of vreemde oorzaak) niet is bereikt¹²³. Overeenkomstig de beginselen van het burgerlijk recht, zal de aansprakelijkheid van de belastingconsulent die een contractuele fout heeft begaan, zich uitstrekken tot alle vergoedbare schade¹²⁴. Vergoedbare schade omvat zowel het geleden verlies als de gederfde winst¹²⁵ en is, behoudens opzet, beperkt tot schade die was voorzien of kon worden voorzien ten tijde van het sluiten van het contract¹²⁶. Ongeacht de aanwezigheid van opzet, zal de schadevergoeding verder steeds beperkt zijn tot schade die onmiddellijk en rechtstreeks het gevolg is van de contractuele fout¹²⁷. Rechtsleer en rechtspraak aanvaarden dat het verlies van een kans ook voor schadevergoeding in aanmerking komt wanneer het voldoende waarschijnlijk is dat de kans zich zou hebben gerealiseerd¹²⁸. Het probleem van de gemiste kans zal zich voordoen wanneer de belastingconsulent in gebreke is gebleven om binnen vastgestelde vervaltermijnen rechtshandelingen te verrichten die nodig waren voor het behoud van de rechten van zijn cliënten.

3.2. AANNEMING VAN WERK

27. Zoals boven uitgelegd (zie nrs. 16-18), bestaat, de aanneming van werk door de belastingconsulent in het verstrekken van advies, het bijstaan van zijn cliënten bij het vervullen van hun fiscale verplichtingen, of zelfs het behartigen van hun belangen bij de belastingadministratie zonder hen evenwel bij het vervullen van deze taken te vertegenwoordigen. In al deze gevallen zal de belastingconsulent zelf geen rechtshandelingen verrichten in naam en voor rekening van zijn cliënten, maar zal zijn rol beperkt blijven tot het verstrekken van concrete en volledige inlichtingen, aanwijzingen en raadgevingen die zijn cliënten in staat moeten stellen met kennis van zaken aangaande het probleem waarover de belastingconsulent om advies is verzocht, een beslissing te nemen¹²⁹.

a) Ondervragingsplicht van de belastingconsulent

28. Om zich op een degelijke manier van deze taak te

kwijten moet de belastingconsulent weet hebben van de juiste toedracht van het gestelde probleem. De cliënten behoren deze informatie aan de belastingconsulent te verschaffen, maar zij kunnen zich vaak onvoldoende reenschap geven van alle elementen die de belastingconsulent moet kennen om een valabele dienst te leveren. De belastingconsulent heeft daarom als raadsman van zijn cliënten een ondervragingsplicht krachtens welke hij passende en nodige vragen moet stellen om het probleem van zijn cliënten te leren kennen en vervolgens een gefundeerd advies te kunnen uitbrengen, een volledige belastingaangifte te kunnen opstellen, of de belangen van zijn cliënten op een adequate manier te kunnen behartigen¹³⁰. Krijgt de belastingconsulent geen bevredigend antwoord op zijn vragen, dan is het raadzaam dat hij schriftelijk voorbehoud maakt voor de eventuele gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien¹³¹. Daar het voor de belastingconsulent in de praktijk niet altijd mogelijk zal zijn vast te stellen of hem volledige informatie is verstrekt, zelfs al heeft hij zijn cliënten ondervraagd, lijkt het aanbevolen dat hij in alle omstandigheden schriftelijk aanduidt op welke gegevens zijn advies of ander optreden is gebaseerd, en hoe hij deze informatie heeft verkregen. Aldus heeft de belastingconsulent zelf reeds aange-toond op welke wijze hij zich van zijn ondervragingsplicht heeft gekweten. Deze ondervragingsplicht is overigens een uitvloeisel van de verplichting opgelegd door het Burgerlijk Wetboek¹³² dat contractuele verbintenissen te goeder trouw uitgevoerd dienen te worden¹³³.

b) Aansprakelijkheids criterium

29. De aanneming van werk door de belastingconsulent is een overeenkomst van dienstenverhuring¹³⁴ en heeft als essentiële kenmerken de afwezigheid van elke band van ondergeschiktheid en het verrichten van materiële of intellectuele werkzaamheden zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid¹³⁵. Zulk een overeenkomst is principieel een inspanningsverbintenis daar de belastingconsulent niet tot een bepaald resultaat verbonden is¹³⁶. Dit zou immers onredelijk zijn aangezien de cliënten niet gebonden zijn door het advies of de bijstand die hen door de belastingconsulent worden gegeven, en zij hun volledige vrijheid behouden om met de tussenkomst van de belastingconsulent al dan niet rekening te houden¹³⁷. Bij het uitvoeren van een inspanningsverbintenis zal de belastingconsulent zich inspannen zoals een «goed huisvader», d.w.z. zoals een normaal opassend en zorgvuldig persoon dit zou doen. De cliënten zullen aan de belastingconsulent slechts een contractuele fout ten laste kunnen leggen wanneer zij het bewijs leveren

¹²² CHRISTIAENS, A., o.c., 5. Volgens VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 166, is het criterium van de fout abstract omdat de handelwijze van degene die de fout begaat, voor de vaststelling van diens aansprakelijkheid wordt getoetst aan een abstract beeld, namelijk de gedraging van de goede huisvader waar in het Burgerlijk Wetboek (art. 1137) naar wordt verwezen.

¹²³ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 172, nr. 22.

¹²⁴ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, p. 173, nr. 23.

¹²⁵ Art. 1149, B.W.

¹²⁶ Art. 1150, B.W.

¹²⁷ Art. 1151, B.W.

¹²⁸ TIBERGHEN, A., o.c., nr. 654bis, p. 451; VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 174, nr. 24.

¹²⁹ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 175, nr. 26.

¹³⁰ Cf. VAN OEVELEN, A., *ibid.*; CHRISTIAENS, A., o.c., 14, legt dezelfde verplichting op aan de accountant wanneer hij als raadsman in belastingzaken optreedt.

¹³¹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹³² Art. 1153, derde lid, B.W.

¹³³ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 175, nr. 26.

¹³⁴ CHRISTIAENS, A., o.c., 12.

¹³⁵ HERBOTS, J., *Bijzondere overeenkomsten*, Leuven, Acco, 1982, 183-184.

¹³⁶ CHRISTIAENS, A., o.c., 12; TIBERGHEN, A., o.c., nr. 669, p. 469, spreekt van een «middelenverbintenis», VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 175, nr. 27.

¹³⁷ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 175, nr. 27.

dat hij niet gehandeld heeft als een «goed huisvader». Toegespast op de belastingconsulent dient aan het begrip «goede huisvader» echter geen abstracte, maar concrete inhoud te worden gegeven. Aangezien de belastingconsulent de specialist bij uitstek is in fiscale aangelegenheden, zal zijn aansprakelijkheid getoetst worden aan het criterium van de normaal oppassende en zorgvuldige belastingconsulent. De «goede huisvader» is in dit geval dus niet de leek in belastingzaken, maar wel de gespecialiseerde vakman. Dit verleggen van de lat wordt verantwoord door het feit dat de belastingconsulent zich als dusdanig aan de buitenwereld voordoet, en daardoor bepaalde verwachtingen doet ontstaan en vertrouwen opwekt waaraan hij dan ook zal moeten voldoen¹³⁸. Dit betekent echter niet dat de belastingconsulent geniaal moet zijn¹³⁹, noch dat hem het recht wordt ontzegd zich te vergissen op voorwaarde dat hij zich maar aan zijn verplichting tot omzichtigheid en zorgvuldigheid heeft gehouden¹⁴⁰. Dit betekent echter wel dat de belastingconsulent moet optreden met de zorg en de bekwaamheid die van een normaal oppassend vakgenoot kan worden verwacht. Deze vereiste van bekwaamheid brengt ook mede dat de belastingconsulent verplicht is bij te blijven door zich over de actuele ontwikkeling in zijn vakgebied te informeren.

c) Beoordelingselementen en schadebegrip

30. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest dat de aansprakelijkheid van de bestuurlijke overheid behandelt voor vergissingen begaan door haar ambtenaren bij het verstrekken van inlichtingen aangaande de interpretatie van wetteksten, een belangrijke bijdrage geleverd tot het preciseren van de criteria volgens welke de aansprakelijkheid van consulenten dient te worden beoordeeld¹⁴¹. Door het algemeen karakter van de regels die in genoemd arrest zijn vervat, is de rechtsleer het erover eens dat dit arrest verder draagt dan het concrete geval dat erin behandeld wordt en dat zelfs de buitencontractuele aansprakelijkheid betreft. Zij is de mening toegedaan dat de erin gestelde regels ook toegepast kunnen worden op adviesverleners in 't algemeen, en op belastingconsulenten in 't bijzonder¹⁴². Uit bedoeld arrest kunnen «mutatis mutandis» de volgende elementen voor het bepalen van de aansprakelijkheid van de belastingconsulent worden afgeleid¹⁴³:

¹³⁸ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 173, nr. 22; zie ook CHRISTIAENS, A., o.c., 13, die tot een analoge conclusie komt voor de accountant. Dit is een toepassing van de vertrouwensleer die breedvoerig is toegelicht door VAN GERVEN, A., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, I, Antwerpen, Standaard, 1973, 210-229.

¹³⁹ TIBERGHIE, A., o.c., nr. 669, p. 470, bedoelt hiermee dat van de belastingconsulent niet kan worden geëist dat hij voorziet welke nieuwe stellingen die nog niet uit gepubliceerde elementen blijken, de belastingadministratie zou kunnen construeren om diens advies of voorstellen te bestrijden.

¹⁴⁰ Cf. CHRISTIAENS, A., o.c., 12.

¹⁴¹ Cass., 4 januari 1973, *Pas.*, 1973, I, 434.

¹⁴² FAGNART, J.L., noot onder Cass., 4 januari 1973, *J.T.*, 1973, 552; SCAILTEUR, C., «Aansprakelijkheid voor verkeerde inlichtingen inzake belastingen», *Alg. Fisc. T.*, 1979, 104; STASSEN, J., noot onder Cass., 4 januari 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 350-351; TIBERGHIE, A., o.c., nr. 664, p. 465; VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 176, nr. 28.

¹⁴³ Cf. SCAILTEUR, C., o.c., *Alg. Fisc. T.*, 1979, 98-105.

(i) Hebben de cliënten in hun verzoek om inlichtingen of advies het gestelde probleem volledig en waarheidsgetrouw uiteengezet?

Mochten zij dit niet gedaan hebben, dan zal deze nalatigheid een fout van hun kant betekenen wanneer een normaal oppassend en omzichtig huisvader, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zulk een nalatigheid niet zou hebben begaan. Nalatigheid van de cliënteel kan ook bestaan in het geven van onduidelijke instructies, of in het nalaten aan de belastingconsulent alle stukken nodig voor het uitvoeren van zijn opdracht ter hand te stellen¹⁴⁴. Zoals eerder reeds gesteld (zie nr. 28), dienen deze verplichtingen van de cliënteel wel genuanceerd te worden wegens de ondervragingsplicht van de belastingconsulent. Mocht ondanks deze ondervragingsplicht de fout van de cliënteel toch komen vast te staan, en zowel de fout van de cliënteel als de fout van de belastingconsulent tot de schade hebben bijgedragen derwijze dat zonder de fout van beide partijen geen schade zou zijn ontstaan, dan zal de aansprakelijkheid tussen beide partijen worden verdeeld¹⁴⁵. Mocht de fout van de cliënteel, ondanks de fout van de belastingconsulent, op zich reeds voldoende zijn geweest om tot de schade aanleiding te geven, dan zal de aansprakelijkheid van de belastingconsulent verminderen of zelfs verdwijnen¹⁴⁶.

(ii) Maken de inlichtingen of adviezen door de belastingconsulent verstrekt voorbehoud dat zij aan verder onderzoek of bevestiging zijn onderworpen?

Wanneer zulk een voorbehoud niet wordt gemaakt, wekt de belastingconsulent de indruk dat de door hem voorgestelde oplossing finaal en definitief is, en vatbaar voor uitvoering door de cliënteel¹⁴⁷. De gegeven inlichtingen of adviezen moeten dus duidelijk van dien aard zijn dat ze de handelwijze van de cliënten kunnen beïnvloeden zonder dat aan laatstgenoemden roekeloosheid of onvoorzichtigheid kan worden verweten.

(iii) Kunnen de cliënten het bewijs leveren van de precieze inhoud van de door de belastingconsulent gegeven inlichtingen of advies?

Dit zal relatief eenvoudig zijn wanneer de belastingconsulent zijn bevindingen schriftelijk heeft geformuleerd, maar stelt wel bijzondere moeilijkheden in geval van telefonisch of ander mondeling advies¹⁴⁸.

(iv) Kunnen de cliënten bewijzen dat de gegeven inlichtingen of adviezen niet overeenstemmen met de heersende wetgeving en andere rechtsregels, of dat zij berusten op een verkeerde interpretatie van de feiten, of dat zij sommige elementen van het verzoek onbeschouwd laten, dan wel dat zij door hun onvolledigheid de betrokkenen op een dwaalspoor hebben gebracht¹⁴⁹?

(v) Is de vergissing van de belastingconsulent bij het formuleren van zijn inlichtingen of adviezen als een fout aan te merken?

Op dit gebied is het beschouwde cassatiearrest bijzonder interessant omdat het de fout verduidelijkt door te verwij-

¹⁴⁴ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 174, nr. 25.

¹⁴⁵ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 175, nr. 25.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Cf. SCAILTEUR, C., o.c., *Alg. Fisc. T.*, 1979, 98.

¹⁴⁸ SCAILTEUR, C., *ibid.*, 99.

¹⁴⁹ *Ibid.*

zen naar begrippen als slordigheid of onvoorzichtigheid. Volgens het Hof van Cassatie is er slordigheid wanneer inlichtingen of adviezen worden gegeven zonder dat voldoende opzoekingswerk is gedaan omtrent het gestelde probleem. Er is onvoorzichtigheid wanneer de adviseur of consultant nalaat te wijzen op de onzekerheid van de voorgestelde oplossing indien zulks bijvoorbeeld geboden is wegens de moeilijkheid van het probleem, of het feit dat het probleem niet specifiek is geregeld en voor andere oplossingen vatbaar is, of nog dat er in rechtspraak en rechtsleer onenigheid over de gegeven oplossing bestaat. Om aan zijn aansprakelijkheid te kunnen ontsnappen zal de belastingconsulent dus dienen aan te tonen dat de door hem voorgestelde oplossing het resultaat is van voldoende opzoekingswerk en dat hij, wanneer nodig, duidelijk heeft te kennen gegeven dat zijn oplossing onzeker of zelfs aanvechtbaar is¹⁵⁰. Aldus verdient het aanbeveling dat de belastingconsulent schriftelijk bewijs levert dat voldoende onderzoek werd gedaan door een verwijzing naar de toepasselijke wetgeving en de daarover gepubliceerde rechtsleer en rechtspraak¹⁵¹, en ook dat hij in controversele materies schriftelijk voorbehoud maakt dat hij geen waarborg kan geven dat de belastingadministratie of de gerechten zich bij de door hem voorgestelde oplossing zullen aansluiten¹⁵².

(vi) Vindt de schade die de cliënten hebben geleden, haar oorzaak in de vergissing van de belastingconsulent¹⁵³?

Dit criterium vloeit voort uit de gemeenrechtelijke vereiste van het causaal verband tussen fout en schade, en werd boven reeds toegelicht. Ook werd reeds enige aanduiding gegeven hoe de aanwezigheid van fout van zowel de belastingconsulent als zijn cliënten oorzaak kan zijn van een vermindering of zelfs verdwijnen van de aansprakelijkheid van eerstgenoemde. Het ware echter nuttig om in het concrete geval van de belastingconsulent de inhoud van de schade, en derhalve de schadeloosstelling waartoe de belastingconsulent gehouden is, te verduidelijken. Er is al op gewezen dat de vergoedbare schade kan bestaan in gederfde winst, geleden verlies, of zelfs een gemiste kans zo de realisatie van deze kans waarschijnlijk ware geweest (zie nr. 26). Bij het begroten van de schade dient echter rekening gehouden te worden met het principe dat het betalen van een rechtmatig verschuldigde belasting niet als schade kan worden aangemerkt ook al was zij op basis van door de belastingconsulent gegeven inlichtingen of adviezen niet door de belastingschuldige cliënt verwacht¹⁵⁴. De schade vloeit in zo'n geval niet voort uit de betaling van de belasting zelf, maar uit de eventueel geldelijke moeilijkheden waaraan de belastingschuldige cliënt het hoofd zal moeten bieden om een veel hoger bedrag aan belastingen te kunnen betalen dan in zijn financiële planning was voorzien¹⁵⁵. Mocht dit onderschatten van de verschuldigde belasting er tevens toe geleid

hebben dat de cliënt van de belastingconsulent geen of onvoldoende voorafbetalingen zou hebben gedaan, dan kan de daaruit resulterende belastingverhoging wel in de schadeloosstelling begrepen worden¹⁵⁶. Ook administratieve boeten of moratoire rente die de cliënten zouden dienen te betalen en die hun oorzaak vinden in het foutief optreden van de belastingconsulent, kunnen in de schadeloosstelling begrepen worden¹⁵⁷. Strafrechtelijke boeten zijn echter steeds uit het schadebegrip gesloten wegens hun strikt persoonlijk karakter¹⁵⁸. Verschuldigde belastingen zullen slechts bij de begroting van de schadeloosstelling meegerekend worden indien de schade zou bestaan uit een gemiste kans. Dan zal immers het vermogensvoordeel in aanmerking genomen worden dat de belastingplichtige had kunnen behalen door de belastingvermindering die uit het tijdig indienen van bepaalde documenten (zoals een bezwaarschrift) ware gevolgd¹⁵⁹. In de praktijk wordt zulk een vergoeding nochtans vaak «ex aequo et bono» bepaald¹⁶⁰.

d) Gradatie van de aansprakelijkheid

31. Boven (zie nr. 29) werd reeds enige aanduiding gegeven hoe rechtspraak en rechtsleer de beoordeling van de aansprakelijkheid van de belastingconsulent hebben afgestemd op de concrete omstandigheden en de «culpa levis in abstracto» hebben gesitueerd op het niveau van de normaal oppassende en voorzichtige belastingconsulent. In werkelijkheid betreft deze concretisering van de lichte fout een reeks feitelijkheden die leiden tot een gradatie van zijn aansprakelijkheid¹⁶¹.

32. Zo wordt gesteld dat de aansprakelijkheid van de belastingconsulent dient te worden geëvalueerd naarmate de cliënten zelf meer of minder bekwaam zijn in fiscale zaken, of naarmate de belastingconsulent zich meer of minder als een specialist voordoet. Dienovereenkomstig zou de aansprakelijkheid van de belastingconsulent geringer zijn als hij zich minder als een specialist voordoet of als zijn cliënt een specifieke bekwaamheid of ervaring bezit¹⁶². Deze bekwaamheid kan blijken uit het feit dat de cliënt zelf reeds over juridisch of fiscaal geschoold personeel beschikt, dan wel uit de bijzondere hoedanigheid van de cliënt zoals die van notaris of advocaat¹⁶³. Toch dient men te vermijden de belangrijkheid van deze elementen te overschatten. Allereerst is de vraagstelling van de cliënt, hoe bekwaam hij ook moge zijn, de aanduiding dat hij aangaande het gesteld probleem onkundig is of zijn eigen opvatting aan die van een specialist wenst te toetsen¹⁶⁴. De eigen bekwaamheid

¹⁵⁰ STASSEN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1974, 351.

¹⁵¹ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 176, nr. 29.

¹⁵² DEPUYDT, P., *De aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders. Civiel-, proces- en verzekeringsrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 118, stelt dat het maken van zulk een voorbehoud tot de klassieke gebruiken van de advocaten behoort.

¹⁵³ SCALTEUR, C., o.c., *Alg. Fis. T.*, 1979, 100.

¹⁵⁴ Cf. SCALTEUR, C., *ibid.*, die de schade bespreekt voortvloeiend uit verkeerde inlichtingen door de overheid verstrekt.

¹⁵⁵ SCALTEUR, C., *ibid.*

¹⁵⁶ Cf. VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 173, nr. 23.

¹⁵⁷ VAN OEVELEN, A., *ibid.*; deze schadevormen zullen echter meestal voorkomen wanneer de belastingconsulent optreedt als lasthebber en in gebreke is gebleven om tijdig bepaalde documenten in naam en voor rekening van zijn cliënten in te dienen.

¹⁵⁸ BEKAERT, H., o.c., 318-319, nr. 504, wijst erop dat het strikt persoonlijk karakter van fiscale boeten niet absoluut is daar de hoofdelijkheid voor fiscale boeten mogelijk is en de fiscale boeten op de erfenamen van de veroordeelde kunnen worden verhaald.

¹⁵⁹ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 174, nr. 24.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ TIBERGHIE, A., o.c., nr. 670, p. 470.

¹⁶² TIBERGHIE, A., *ibid.*

¹⁶³ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 177, nr. 31.

¹⁶⁴ VAN OEVELEN, A., *ibid.*

van de cliënt kan daarom slechts een invloed hebben op de omvang van de inlichtingen of adviezen van de belastingconsulent doordat hij bepaalde aspecten van het probleem als gekend door zijn cliënt kan beschouwen en derhalve niet meer moet behandelen¹⁶⁵. Wat betreft de gradatie van de aansprakelijkheid van de belastingconsulent naarmate hij zich meer of minder voor een specialist zou uitgeven, moet de juridische waarde van dit element evenzeer genuanceerd worden. Sommigen stellen dat het aanvaarden van het dossier ook de aanvaarding van de kwalificatie van specialist impliceert¹⁶⁶. Acht de belastingconsulent zich niet voldoende bekwaam, dan zal hij zijn cliënt naar een bevoegd collega dienen te verwijzen, of zich bij het oplossen van het probleem door een bevoegd collega dienen te laten bijstaan¹⁶⁷. De vraag kan ook gesteld worden of de eventuele wettelijke regeling van het beroep een invloed zou hebben op de gradatie van de aansprakelijkheid van de belastingconsulent al naargelang hij al dan niet houder zou zijn van de wettelijk beschermde titel van het beroep. Een wettelijke regeling maakt het mogelijk de toegang tot het beroep aan kwaliteitseisen inzake vorming, opleiding en ervaring te onderwerpen en op deze wijze de beunhazen in het vak te weigeren¹⁶⁸. Voor diegenen die aan deze eisen zullen voldoen en tot het beroep zullen worden toegelaten, zal het aansprakelijkheids criterium duidelijk en bij wet zijn gesteld op het niveau van de normaal oppassende en bedachtzame (erkende) belastingconsulent die deel uitmaakt van een korps van specialisten die allemaal bekwaam kunnen worden geacht om al de hun toevertrouwde opdrachten van fiscale dienstverlening uit te voeren met alle waarborgen van bekwaamheid en onafhankelijkheid¹⁶⁹. In deze constellatie zal er voor de rechter waarschijnlijk nog minder ruimte overblijven om de aansprakelijkheid van de (erkende) belastingconsulent aan te passen aan de mate van diens specialist-zijn.

33. Een andere feitelijke omstandigheid die de aansprakelijkheid van de belastingconsulent kan beïnvloeden, is de spoedeisendheid waarmee de cliënten om inlichtingen of advies vragen¹⁷⁰. De spoed waarmee de belastingconsulent advies moet verstrekken, zal een beoordelingselement zijn wanneer hem daardoor niet de nodige tijd wordt gelaten om voldoende onderzoekswerk te doen. Dit probleem rijst in 't bijzonder wanneer aan de telefoon of tijdens een vergadering van de belastingconsulent een onmiddellijk antwoord op de gestelde vragen wordt verwacht. De rechtsleer aanvaardt dat de spoed waarmee de belastingconsulent in

zulke omstandigheden zijn cliënten van antwoord dient, de volledigheid en de kwaliteit van zijn werk aantast, maar dit ontslaat hem niet volledig van alle aansprakelijkheid¹⁷¹. Allereerst kan de belastingconsulent geacht worden op fiscaal gebied over een zekere hoeveelheid parate kennis te beschikken. Een vergissing bij de interpretatie of toepassing van deze fiscale basiskennis zal ook bij een spoedadvies de aansprakelijkheid van de belastingconsulent meebrengen¹⁷². Daarbij komt ook nog dat zelfs in geval van spoedeisendheid de belastingconsulent gehouden is tot de voorzichtigheid van een goed huisvader. De belastingconsulent die onder tijdsdruk een formeel advies geeft zonder enig voorbehoud van latere controle of bevestiging, of zonder enige aanduiding van de onzekerheid van het gegeven antwoord, begaat kennelijk een fout van onvoorzichtigheid waarvoor hij aansprakelijk kan worden gesteld met toepassing van het gewone foutbegrip zoals dit boven werd geanalyseerd¹⁷³.

34. Ten slotte moet nog onderzocht worden of de belangrijkheid van de vergoeding of het honorarium dat de belastingconsulent aan zijn cliënten aanrekent, bij de beoordeling van zijn aansprakelijkheid in aanmerking zal worden genomen. Verschillende situaties zijn hierbij denkbaar. Ofwel kan de belastingconsulent een hoog of laag honorarium aanrekenen, ofwel kan hij besluiten helemaal geen honorarium aan te rekenen. Laatstgenoemde situatie kan zich voordoen wanneer de belastingconsulent om zakelijke of andere redenen beslist geen loon in rekening te brengen aan een cliënt waarvan hij de gebruikelijke raadsman is¹⁷⁴. Het kan ook gebeuren dat om gelijksoortige redenen de belastingconsulent besluit gratis inlichtingen of advies te verstrekken aan een persoon voor wie hij nog nooit als raadsman is opgetreden. Het antwoord op de vraag naar de aansprakelijkheid van de belastingconsulent in zulke situaties is bijzonder delicaat, en veel zal afhangen van de bijzondere omstandigheden van elk geval afzonderlijk. Toch schijnt de rechtsleer in België ervan uit te gaan dat de aansprakelijkheid van de belastingconsulent geen rechtstreeks verband houdt met de hoogte van het door hem bepaalde en gevraagde loon¹⁷⁵. Dit principe dient geïnterpreteerd te worden in deze zin dat de aansprakelijkheid van de consulent bij het naleven van zijn verplichting tot zorgvuldigheid niet afneemt wanneer hij slechts een lage vergoeding voor zijn diensten zou vragen. In omgekeerde zin is het dan ook redelijk te stellen dat het criterium van de aansprakelijkheid van de belastingconsulent beperkt blijft tot de lichte schuld wanneer zijn cliënten een hoger honorarium dienen te betalen. In het geval van de gratis dienstverlening besluit de rechtsleer tot de aansprakelijkheid van de belastingconsulent wanneer hem om een precieze inlichting of een welomschreven advies zou worden gevraagd, maar verworpt elke aansprakelijkheid wanneer de belastingcon-

¹⁶⁵ Cf. DEPUYDT, P., o.c., nr. 123, met betrekking tot de aansprakelijkheid van de advocaat; VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 177, nr. 31, transposeert deze regel op het vlak van de belastingconsulent.

¹⁶⁶ Cf. DEPUYDT, P., o.c., nr. 122, met betrekking tot de advocaat.

¹⁶⁷ DEPUYDT, P., *ibid.*

¹⁶⁸ Cf. VAN ISTENDAEL, F., o.c., *Fiskofoon*, 1982, 97, nr. 8.

¹⁶⁹ CHRISTIAENS, A., o.c., 6, die op analoge wijze de gevolgen beschrijft van de wettelijke regeling van het beroep van de accountants op het vlak van hun aansprakelijkheid.

¹⁷⁰ Cf. DEPUYDT, P., o.c., nr. 124, met betrekking tot de advocaat; VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1977, nr. 31, bevestigt dat de spoedeisendheid de aansprakelijkheidsbeoordeling van de belastingconsulent beïnvloedt.

¹⁷¹ DEPUYDT, P., *ibid.*; VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹⁷² VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹⁷³ Cf. DEPUYDT, P., o.c., nr. 124, met betrekking tot de advocaat.

¹⁷⁴ Cf. DEPUYDT, P., o.c., nr. 126, met betrekking tot de advocaat.

¹⁷⁵ DEPUYDT, P., *ibid.*, nr. 125, legt dit principe vast in verband met de aansprakelijkheid van de advocaat.

sulent slechts om zijn indrukken of zijn gevoelens omtrent een probleem of een zaak zou worden gevraagd¹⁷⁶. Indien er aansprakelijkheid in het geval van de gratis dienstverlening wordt aanvaard, dan dient toch de vraag gesteld te worden of deze aansprakelijkheid niet minder streng zal worden toegepast. In dit verband is het nuttig te herinneren aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek¹⁷⁷ betreffende de kosteloze lastgeving volgens welke een mindere aansprakelijkheid zal worden opgelegd aan degene die de lastgeving om niet op zich neemt. Een soortgelijke wettekst is er niet voor aanneming van werk of verhuring van diensten. Het gratis aspect van de fiscale dienstverlening zou er evenwel toe kunnen leiden het wederkerig karakter van de contractuele verhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten te wijzigen in een eenzijdige overeenkomst. Hoewel dit niets verandert aan het criterium van de fout dat ook voor eenzijdige contracten beantwoordt aan de «culpa levis in abstracto», ware het dan ook voor de aanneming van werk, naar analogie met de kosteloze lastgeving, niet onredelijk een aanpassing van het schuldconcept aan de feitelijke omstandigheden, het gratis karakter van de dienstverlening inbegrepen, toe te passen.

e) Uitgestrektheid van de adviesplicht

35. De uitgestrektheid van de adviesplicht van de belastingconsulent is in de eerste plaats afhankelijk van de hem toevertrouwde opdracht die het object van zijn onderzoek noodzakelijkerwijze dient te bepalen¹⁷⁸. Belangrijk is hierbij wel dat de belastingconsulent niet alleen aansprakelijk kan worden gesteld voor verkeerde inlichtingen¹⁷⁹. Het advies of de inlichtingen dienen zowel juist als volledig te zijn. Zo zal een advies als onvolledig moeten worden bestempeld wanneer de voorgestelde oplossing geen rekening houdt met een nakende wetswijziging die, eens goedgekeurd, de fiscale gevolgen van het advies zouden wijzigen.

36. Een ander probleem is of de belastingconsulent eventuele wijzigingen in de fiscale wetgeving of rechtspraak die zich na een verleend advies voordoen en het advies beïnvloeden, aan zijn cliënten kenbaar moet maken. De rechtspraak antwoordt hier negatief op, doch maakt uitzondering voor het geval dat deze wijzigingen zich zouden voordoen binnen een korte, doch niet gepreciseerde tijdsspanne na het verlenen van het advies¹⁸⁰. In deze omstandigheid zou de belastingconsulent als deel van zijn verplichting tot zorgvuldigheid zijn cliënten dienen in te lichten over de wijziging. Dit betekent echter niet dat het oorspronkelijk advies ook moet worden herwerkt of aangevuld. Zulk een herwerking of aanvulling kan plaatsvinden mits het akkoord van de cliënten over een bijkomende honorering¹⁸¹.

3.3. LASTGEVING

37. De belastingconsulent treedt op krachtens een lastgeving wanneer hij zijn cliënten bij de belastingadministratie vertegenwoordigt hetzij om in hun naam en voor hun rekening aan bepaalde fiscale verplichtingen te voldoen, hetzij om hun belangen te behartigen.

a) Aansprakelijkheids criterium

38. De lastgeving kan zowel een inspanningsverbintenis als een resultaatsverbintenis inhouden. In de meeste gevallen zal de lasthebber zich slechts verbinden tot het aanwenden van alle inspanningen en middelen die van een normaal zorgvuldig en omzichtig persoon mogen worden verwacht zonder enig resultaat te beloven¹⁸². Is deze lasthebber een belastingconsulent die zijn cliënten bij de belastingadministratie vertegenwoordigt, dan zal het criterium van de aansprakelijkheidsbeoordeling liggen op het niveau van de normaal zorgvuldige en omzichtige belastingconsulent, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden¹⁸³. Er zal evenwel sprake zijn van een resultaatsverbintenis voor zover de belastingconsulent verplicht is zijn last uit te voeren binnen wettelijk bepaalde termijnen en overeenkomstig de wettelijk voorgeschreven pleegvormen. De belastingconsulent zal dus een resultaatsverbintenis aangaan wanneer zijn contract van lastgeving hem opdraagt om binnen vastgestelde termijnen en voor rekening van zijn cliënten een belastingaangifte of een bezwaarschrift in te dienen. Wanneer een resultaatsverbintenis is aangegaan, wordt de aansprakelijkheid van de belastingconsulent in het gedrang gebracht tenzij de belastingconsulent kan bewijzen dat overmacht of een vreemde oorzaak hem verhinderd hebben zijn verbintenis na te komen¹⁸⁴.

b) Beoordelings elementen

39. De contractuele aansprakelijkheid van de belastingconsulent als lasthebber zal zich enkel voordoen wanneer hij bij de uitvoering van zijn opdracht binnen de perken van zijn opdracht gebleven is. Dit is te verklaren door het feit dat de cliënten-lastgevers van de belastingconsulent slechts gebonden zijn door de handelingen die hun lasthebber binnen de perken van zijn lastgeving heeft gesteld¹⁸⁵. Evenwel kunnen rechtshandelingen die de belastingconsulent buiten de perken van zijn mandaat zou stellen, toch zijn lastgevers verbinden wanneer deze handelingen uitdrukkelijk of stilzwijgend worden bekrachtigd¹⁸⁶. Ook kunnen de cliënten op basis van de theorie van het schijnmandaat door de handelingen van de belastingconsulent worden gebonden¹⁸⁷. Bij het schijnmandaat is er een over-

¹⁸² VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 179, nr. 35.

¹⁸³ VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹⁸⁴ VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹⁸⁵ Art. 1998, eerste lid, B.W.; VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 179, nr. 34.

¹⁸⁶ Art. 1998, tweede lid, B.W.

¹⁸⁷ Volgens VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 180, nr. 37, is er een schijnmandaat wanneer een derde te goeder trouw redelijkerwijze mocht vertrouwen op een aan de lastgever toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de lasthebber.

¹⁷⁶ DEPUYDT, P., *ibid.*, nr. 126, met betrekking tot de advocaat.

¹⁷⁷ Art. 1992, tweede lid, B.W.

¹⁷⁸ DEPUYDT, P., o.c., nr. 127, met betrekking tot de advocaat.

¹⁷⁹ TIBERGHEN, A., o.c., nr. 669, p. 470.

¹⁸⁰ Cf. DEPUYDT, P., o.c., nr. 128, met betrekking tot de advocaat; VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 177, nr. 32, bevestigt dit principe voor de belastingconsulent.

¹⁸¹ Cf. DEPUYDT, P., *ibid.*, met betrekking tot de advocaat.

schrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de belastingconsulent die niet door diens cliënten is bekrachtigd overeenkomstig het Burgerlijk Wetboek. Een dergelijke overschrijding kan aanleiding geven tot de aansprakelijkheid van de belastingconsulent wanneer dit als een foutieve uitvoering van diens verbintenissen moeten worden beschouwd¹⁸⁸. In de andere gevallen zal de aansprakelijkheid van de belastingconsulent slechts gelden voor handelingen die zijn opdrachtgevers verbinden omdat zij binnen de perken van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn gesteld. Rekening houdend met eerder gemaakte opmerkingen (zie nr. 24) betreffende het uitdrukkelijk mandaat, zal een akkoord dat de belastingconsulent binnen de perken van zijn lastgeving met de administratie sluit¹⁸⁹, of zal de afstand die hij doet van bepaalde grieven die in een bezwaarschrift zijn geformuleerd¹⁹⁰, zijn cliënten binden. De belastingconsulent zal voor de eventuele schade die uit deze rechtshandelingen voor zijn cliënten voortvloeit, aansprakelijk kunnen worden gesteld in de mate dat hij foutief is opgetreden door niet de nodige zorgvuldigheid aan de dag te leggen die van een normaal oppassend en omzichtig belastingconsulent, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, kan worden verwacht. Zulk foutief gedrag is kennelijk aanwezig wanneer de belastingconsulent nalatigheden of tekortkomingen zou hebben begaan door bijvoorbeeld belastingaangiften of bezwaarschriften te laat in te dienen. Deze nalatigheden en tekortkomingen zullen dan aan de cliënten zelf van de belastingconsulent worden toegeschreven die niet het foutieve gedrag van hun lasthebber zullen kunnen inroepen als overmacht of vreemde oorzaak om aan administratieve boeten of het verval van hun rechten te ontsnappen. Zij zullen zich enkel op de belastingconsulent kunnen verhalen voor de schade die uit diens foutief gedrag is voortgekomen. Deze gevolgen die aan de uitvoering van de lastgeving van de belastingconsulent zijn gekoppeld, wijzen op het belang van een precieze afbakening van de omvang en de draagwijdte van diens volmacht. Ook kan het voor de cliënten belangrijk zijn de wijze te bepalen waarop de belastingconsulent zijn mandaat dient uit te voeren door, bijvoorbeeld, uit te stippelen welke argumenten hij hetzij tijdens een fiscale controle, hetzij in een bezwaarschrift moet ontwikkelen. Wordt deze wijze van uitvoering op voorhand afgesproken, dan kan de belastingconsulent daar principieel niet van afwijken zonder een fout te begaan. Afwijkingen zullen enkel toegelaten zijn wanneer de omstandigheden dit vereisen in het belang van de cliënten¹⁹¹.

Behoudens bekrachtiging of behoudens toepassing van de theorie van het schijnmandaat, zullen de handelingen die de belastingconsulent stelt buiten de perken van zijn mandaat, geen bindend karakter hebben voor zijn opdrachtgevers¹⁹². Zulke rechtshandelingen kunnen daarom geen aanleiding geven tot een contractuele aansprakelijkheid van de belastingconsulent tegenover zijn cliënten. Deze rechtshandelingen zullen ook de belastingconsulent

zelf niet binden tenzij hij zich persoonlijk zou hebben verbonden, of tenzij hij aan de partij met wie hij in zijn hoedanigheid van lasthebber handelt, geen voldoende kennis van zijn volmacht zou hebben gegeven¹⁹³.

40. Alle andere aspecten van contractuele aansprakelijkheid verbonden aan de lastgeving, komen overeen met wat reeds is besproken ter zake van de aanneming van werk.

3.4. GEMENGDE CONTRACTEN

41. Er is reeds (zie nr. 25) opgemerkt dat, in bepaalde gevallen, de rechtsverhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten kan bestaan in een gemengd contract dat zowel elementen van aanneming van werk als van lastgeving bevat. De vraag naar de aansprakelijkheidsregels die deze rechtsverhouding beheersen, kan verschillend beantwoord worden naar gelang van de theorie die wordt verdedigd om de rechtsregels te bepalen die op gemengde contracten van toepassing zijn¹⁹⁴.

42. In het geval van de fiscale dienstverlening kunnen de activiteiten die bestaan in de aanneming van werk, en die welke tot de lastgeving behoren, vrij gemakkelijk uit elkaar gehouden worden. Ook is de ene activiteit niet ondergeschikt aan de andere¹⁹⁵. Deze twee factoren pleiten voor de toepassing van de cumulatieve- of combinatietheorie, waardoor de regels van de aanneming van werk en de lastgeving naast elkaar worden toegepast op die delen van het gemengd contract die respectievelijk duiden op een aanneming van werk en op een lastgeving. Slechts in de vrij uitzonderlijke gevallen waarin de aanneming van werk een duidelijk voorbereidende werkzaamheid zou zijn die ondergeschikt is aan de lastgeving, lijkt de absorptietheorie meer aangewezen¹⁹⁶. Volgens deze theorie zal de gehele rechtsverhouding dan beheerst worden door de regels van de lastgeving, zijnde het dominerend contract.

3.5. BIJKOMENDE ACTIVITEITEN

43. Er zij aan herinnerd dat de belastingconsulent, naast zijn hoofdtaken van fiscale dienstverlening, kan gevraagd worden zich bezig te houden met enkele bijkomende taken van adviesverlening en bijstand inzake boekhoudkundige, administratieve, financiële of juridische aangelegenheden. Hier zal voor elk geval afzonderlijk moeten worden bepaald of de cumulatietheorie dan wel de absorptietheorie zal worden toegepast. Zoals voor de gemengde contracten, zal de absorptietheorie slechts in die gevallen toepassing vinden wanneer deze bijkomende activiteiten een voorbereidende stap zijn bij het uitvoeren van de hoofdtaken van de belastingconsulent en daaraan ondergeschikt zijn. In alle andere gevallen zal de cumulatietheorie moeten worden toegepast. Dit betekent dat deze bijkomende taken zullen

¹⁹³ Art. 1997, B.W.

¹⁹⁴ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 169, nr. 17, bespreekt de voor- en nadelen van de absorptietheorie, de cumulatieve of combinatietheorie en de «sui generis»-theorie, en verklaart zijn voorkeur voor de cumulatietheorie in het geval van de fiscale dienstverlening.

¹⁹⁵ VAN OEVELEN, A., *ibid.*

¹⁹⁶ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 169 en 170, nr. 17.

¹⁸⁸ VAN OEVELEN A., *ibid.*

¹⁸⁹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 179, nr. 36.

¹⁹⁰ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 180, nr. 36.

¹⁹¹ VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 178, nr. 34.

¹⁹² VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 180, nr. 37.

worden beheerst door de aansprakelijkheidsregels voor de aanneming van werk. Al naar gelang van de omstandigheden zal het gepast zijn om bij het hanteren van het aansprakelijkheids criterium de lat niet even hoog te leggen als voor de hoofdtaken van de belastingconsulent. Het criterium van de goede huisvader, geplaatst in de concrete omstandigheden, zal immers niet noodzakelijk aan het beeld van de specialist beantwoorden wanneer de belastingconsulent zich op andere dan fiscale paden begeeft. Deze minder strenge aansprakelijkheidsbeoordeling vindt zijn basis in de overweging dat, wanneer de belastingconsulent zich onledig houdt met boekhoudkundige, juridische of andere problemen, hij bij zijn cliënten niet hetzelfde vertrouwen opwekt als in zuiver fiscale materies. Weliswaar zullen de concrete omstandigheden van elk geval afzonderlijk uitwijzen in welke mate deze vertrouwensleer relevant is.

3.6. UITSLUITING OF BEPERKING VAN DE CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

44. Een contractueel beding tot uitsluiting of beperking van de contractuele aansprakelijkheid van de belastingconsulent is principieel mogelijk en geldig, en dit niet alleen wat betreft de aansprakelijkheid voor de zware fout¹⁹⁷. Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie kent dit principe slechts een drietal uitzonderingen¹⁹⁸. De uitsluiting of beperking van contractuele aansprakelijkheid is niet mogelijk wanneer (i) men zijn eigen opzet wil uitsluiten, (ii) de aansprakelijkheid door de wet is vastgelegd, en (iii) de vrijstelling of beperking van de aansprakelijkheid elke zin of betekenis zou ontnemen aan het contract dat tussen partijen is gesloten. Op basis van deze derde uitzondering komen sommigen tot de conclusie dat de contractuele bedingen waardoor een belastingconsulent zich vrijstelt van iedere aansprakelijkheid voor het door hem gegeven advies, ongeldig zijn daar zij iedere zin en betekenis ontnemen aan de aard van de overeenkomst van adviesverlening, maar de aansprakelijkheid voor zware fout zou wel kunnen worden uitgesloten¹⁹⁹. Anderen schijnen de vrijstelling van de aansprakelijkheid om dezelfde reden ongeldig te beschouwen wanneer zij in een resultaatsverbintenis voorkomt²⁰⁰. Het valt op te merken dat in recente voorstellen tot wettelijke regeling van het beroep van belastingconsulent elke vrijstelling of contractuele vermindering van aansprakelijkheid verboden is²⁰¹. Volgens deze voorstellen zou de belastingconsulent zijn civiele aansprakelijkheid alleen nog mogen laten verzekeren.

3.7. RECHT OP HONORARIUM VAN DE AANSPRAKELIJKE BELASTINGCONSULENT

45. Het contract van dienstverlening dat tussen de belastingconsulent en zijn cliënten wordt gesloten, werd boven

(zie nr. 26) beschreven als een wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel waarbij de belastingconsulent belooft een bepaalde prestatie te leveren en de cliënten er zich toe verbinden een prijs te betalen. In een wederkerig contract is de verbintenis van de ene partij de oorzaak van de verbintenis van de andere partij²⁰². Derhalve vindt de dienstprestatie van de belastingconsulent zijn oorzaak in het honorarium dat door zijn cliënten verschuldigd is. Blijven de cliënten in gebreke te betalen, dan kan de belastingconsulent de «exceptio non adimpleti contractus» invoeren en weigeren verder te werken²⁰³. Evenwel moet deze exceptie van niet-uitvoering te goeder trouw worden ingeroepen²⁰⁴. Daarenboven beschikt de belastingconsulent over een retentierecht op het dossier van zijn cliënten mits er samenhang is tussen de teruggehouden stukken en zijn schuldvordering²⁰⁵. Het retentierecht moet eveneens met goede trouw en voorzichtigheid worden uitgeoefend²⁰⁶.

Er is reeds op gewezen (nr. 26) dat het honorarium van de belastingconsulent niet wettelijk is geregeld, en dat het bedrag ervan in gemeen overleg met de cliënten, ofwel eenzijdig door de belastingconsulent zelf kan worden bepaald. De vraag kan daarom gesteld worden of dit bedrag door de rechter mag worden gematigd wanneer het overdreven blijkt te zijn. In geval van wederkerige contracten behoort het principieel niet tot de taak van de rechter de omvang van de verbintenis van de ene partij tegenover die van de andere partij af te wegen²⁰⁷. Dit principe lijdt echter uitzondering indien de rechtsverhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten in een lastgeving bestaat. De lastgeving was immers in het oude recht een eenzijdig contract om niet, doch is geleidelijk wegens de wil van partijen een wederkerig contract onder bezwarende titel geworden²⁰⁸. Wegens het oorspronkelijk kosteloos karakter van de lastgeving hebben de gerechten in het verleden het loon van de mandataris gematigd wanneer dit overdreven werd geacht²⁰⁹. Deze matigingsbevoegdheid werd later door zowel rechtsleer als rechtspraak betwist, maar tevens werd het probleem van de matigingsbevoegdheid van de rechter ook gesteld met betrekking tot het contract van de verhuur van diensten of aanneming van werk²¹⁰. Een vergelijking tussen de opvattingen over dit probleem in Frankrijk en in België, schijnt aan te tonen dat er meer voorstanders van de matigingsbevoegdheid zijn in Frankrijk dan in België²¹¹ waar de eisen van billijkheid ondergeschikt wor-

²⁰² VANDEPUTTE, R., o.c., 88.

²⁰³ VANDEPUTTE, R., *ibid.*, 277.

²⁰⁴ CHRISTIAENS, A., o.c., 9, en VANDEPUTTE, R., *ibid.*, 279, zetten de verschillende voorwaarden uiteen waaraan moet worden voldaan ten einde aan de vereiste van goede trouw te beantwoorden.

²⁰⁵ CHRISTIAENS, A., *ibid.*, 10; VANDEPUTTE, R., *ibid.*, 280, wijst erop dat volgens rechtspraak van het Hof van Cassatie het hier ook een toepassing is van de «exceptio non adimpleti contractus» eerder dan de toepassing van het retentierecht.

²⁰⁶ CHRISTIAENS, A., *ibid.*

²⁰⁷ VANDEPUTTE, R., o.c., 88; zie ook voetnoot 106.

²⁰⁸ Cf. VANDEPUTTE, R., *ibid.*, 13 en 77.

²⁰⁹ VANDEPUTTE, R., *ibid.*, 77.

²¹⁰ VANDEPUTTE, R., *ibid.*

²¹¹ VAN DIEVOET, W., VAN DIEVOET, G., «Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires.

¹⁹⁷ TIBERGHIE, A., o.c., nr. 673, p. 472; VAN OEVELEN, A., *ibid.*, 178, nr. 33.

¹⁹⁸ Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 113.

¹⁹⁹ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 178, nr. 33.

²⁰⁰ TIBERGHIE, A., o.c., nr. 677, p. 474.

²⁰¹ X, «Belastingconsulent: wetsontwerp in de maak», *Fiskofoon*, 1987, nr. 1242.

den gemaakt aan het principe van de wilsautonomie van de partijen en de bindende kracht van de overeenkomst²¹².

45bis. Een andere vraag waar in deze context niet aan kan worden voorbijgegaan, betreft het recht op honorarium van de belastingconsulent wiens aansprakelijkheid in het gedrang is gebracht. In concreto dient hier de vraag gesteld te worden of een aansprakelijke belastingconsulent aan zijn cliënten een honorarium in rekening mag brengen, en of zijn schadelijgende cliënten een reeds betaald honorarium van de aansprakelijke belastingconsulent mogen terugvorderen, dan wel een aangerekend honorarium mogen weigeren te betalen.

Men zal zich herinneren dat de grootte van het honorarium geen invloed heeft op de mate van de aansprakelijkheid van de belastingconsulent, hoewel een verminderde aansprakelijkheid in geval van kosteloze dienstverlening als een redelijke oplossing werd voorgesteld (zie nr. 34). Nu rijst de vraag of de aansprakelijkheid van de belastingconsulent aanleiding zal geven tot een vermindering of zelfs verdwijning van het honorarium waarop de belastingconsulent krachtens de overeenkomst met zijn cliënten gerechtigd geweest zou zijn ongeacht of dit honorarium reeds aangerekend of zelfs betaald is. Het antwoord op deze vraag zal afhangen van de feitelijke omstandigheden op basis waarvan een onderscheid zal moeten worden gemaakt al naargelang het honorarium betrekking heeft (i) op diensten die niet door een beroepsfout zijn aangetast en voor de cliënten van de belastingconsulent hun nut blijven behouden, (ii) op diensten die nooit zijn geleverd, en (iii) op prestaties die foutief zijn uitgevoerd en daardoor voor de cliënten elk nut verloren hebben²¹³. Het honorarium dat betrekking heeft op de eerste situatie, blijft normaal verschuldigd, maar kan door de rechter gemachtigd worden mocht het bedrag ervan overdreven zijn (zie nr. 45). Desalniettemin kan de belastingconsulent besluiten geen honorarium aan te rekenen of in te vorderen om redenen van kiesheid of opportuniteit. In de tweede situatie zal geen honorarium verschuldigd zijn. Immers, wanneer de belastingconsulent bepaalde diensten niet heeft geleverd, zal, al naar gelang van het geval, de ontbindende voorwaarde die stilzwijgend in wederkerige contracten is begrepen²¹⁴, of de «exceptio non adimpleti contractus» aan de cliënten de mogelijkheid bieden om respectievelijk de reeds betaalde honoraria terug te vorderen, of de betaling van aangerekende honoraria te weigeren. In de situatie van de beroepsfout zal ook geen honorarium verschuldigd zijn, en kan de betaling van aangerekende honoraria geweigerd worden en reeds betaalde honoraria teruggevorderd. Er kan immers gesteld worden dat onder deze omstandigheden het honorarium deel uitmaakt van het schadebegrip²¹⁵ omdat de betaling van honoraria voor diensten die door een beroepsfout zijn aangetast en voor de cliënten geen nut hebben, een verarming

van het vermogen van zijn cliënten betekent en dus met schade gelijk te stellen zijn.

B. De buitencontractuele aansprakelijkheid

1. Algemeen

46. Boven (zie nr. 12) werd de buitencontractuele aansprakelijkheid omschreven als de aansprakelijkheid buiten elke overeenkomst door het stellen van een onrechtmatige daad, en werd ze verder verduidelijkt als de aansprakelijkheid voor schade aan derden waaronder alle andere personen dan cliënten van de belastingconsulent. In die zin is de fiscus ook een derde²¹⁶. Onder deze derden moeten nog de cliënten zelf van de belastingconsulent gerekend worden voor zover de fout die door de belastingconsulent werd begaan, niets te maken heeft met de contractuele band die tussen de belastingconsulent en zijn cliënten bestaat²¹⁷. Een duidelijk voorbeeld van zulk een situatie is de aansprakelijkheid voor de schade die de belastingconsulent naar aanleiding van een verkeersongeval aan zijn cliënt zou hebben toegebracht. Het verkeersongeval houdt immers geen verband met het contract van fiscale dienstverlening. Een reeds minder duidelijke situatie betreft de aansprakelijkheid voor schade die de belastingconsulent aan zijn cliënten zou toebrengen door bijvoorbeeld tijdens een consultatievergadering per ongeluk een kop koffie over het pak van zijn cliënten te morsen. Hoewel de belastingconsulent een onrechtmatige daad heeft gesteld tijdens de uitvoering van een contractuele verbintenis, kan ook hier toch moeilijk gezegd worden dat de fout met de fiscale dienstverlening te maken heeft, zodat tot een buitencontractuele aansprakelijkheid moet worden besloten²¹⁸. Anderzijds kan de foutieve uitvoering van de contractuele verbintenissen door de belastingconsulent ook een onrechtmatige daad vormen wanneer dit als een onzorgvuldig maatschappelijk gedrag in de zin van het Burgerlijk Wetboek dient te worden beschouwd²¹⁹.

47. Wanneer zulk een onrechtmatige daad schade toebrengt aan de cliënten van de belastingconsulent, dan spreekt men van de samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid²²⁰. Samenloop ontstaat wanneer de schadeveroorzakende handeling zowel een contractuele wanprestatie als een onrechtmatige daad uitmaakt. Een voorbeeld van zulk een samenloop zou erin kunnen bestaan dat, door het onzorgvuldig opstellen van fiscale documenten, de belastingconsulent de kredietwaardigheid van zijn cliënten bij derden in het gedrang zou brengen, of zijn cliënten voor bepaalde steunmaatregelen van de overheid zou doen diskwalificeren.

48. Wanneer zulk een onrechtmatige daad schade toebrengt aan derden die met de belastingconsulent geen con-

Histoire d'une jurisprudence», in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1963, 911-938, geven een overzicht van de rechtspraak in België en Frankrijk.

²¹² Cf. VANDEPUTTE, R., o.c., 77.

²¹³ Cf. DEPUYDT, P., o.c., nr. 161, met betrekking tot de advocaat.

²¹⁴ Art. 1184 B.W.; cf. VANDEPUTTE, R., o.c., 277-278.

²¹⁵ DEPUYDT, P., o.c., nr. 161 met betrekking tot de advocaat.

²¹⁶ Cf. VAN OEVELEN, o.c., *Fiskofoon*, 1987, 181, nr. 39. Het geval van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de belastingconsulent voor de betaling van door zijn cliënten ontdoken belastingen zal bij de bespreking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid worden behandeld.

²¹⁷ Cf. VAN GERVEN, W., o.c., 156.

²¹⁸ Cf. VAN GERVEN, W., o.c., 156-157.

²¹⁹ Artt. 1382 e.v. B.W.

²²⁰ VAN GERVEN, W., o.c., 157.

tractuele band hebben, dan rijst het probleem van de coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid²²¹. Een voorbeeld van coëxistentie is de situatie waarin door de belastingconsulent onzorgvuldig opgestelde fiscale documenten door een financier in aanmerking zouden worden genomen om aan de cliënten van die belastingconsulent bepaalde fondsen of kredieten ter beschikking te stellen.

2. Samenloop

49. Over de gevolgen van de samenloop is sinds de jaren zeventig enige twijfel gerezen²²². Volgens sommigen kan de buitencontractuele aansprakelijkheid niet meer worden ingeroepen zodra de fout een schending uitmaakt van een contractuele verplichting, en zou samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid nog slechts kunnen bestaan wanneer de contractuele fout tevens een strafrechtelijk betugelde inbreuk is; volgens anderen is de samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid mogelijk zolang de opgelopen schade niet enkel in de contractuele fout haar ontstaan vindt²²³.

3. Coëxistentie

50. De contractuele wanprestatie van de belastingconsulent zal ook aanleiding geven tot een buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover derden wanneer de contractuele fout tevens een quasi-delictuele fout is, d.w.z. een onrechtmatige daad is in de zin van het Burgerlijk Wetboek²²⁴. Zulk buitencontractuele aansprakelijkheid is in het Burgerlijk Wetboek zelf reeds vastgelegd in het geval dat de belastingconsulent de perken van zijn mandaat te buiten is gegaan en de partij met wie hij als lasthebber heeft gehandeld, geen voldoende kennis van zijn volmacht heeft gegeven²²⁵. De belastingconsulent zal dan tegenover deze partij aansprakelijk zijn wegens quasi-delictuele fout tenzij hij zich persoonlijk zou hebben verbonden.

4. Onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid

51. Het belang van het onderscheid tussen het instellen van een vordering op basis van contractuele aansprakelijkheid of het instellen van een vordering op basis van buitencontractuele aansprakelijkheid kan als volgt worden samengevat²²⁶:

a) In een contractuele relatie is de belastingconsulent aansprakelijk voor zijn lichte fout («culpa levis in abstracto») tenzij anders is overeengekomen of tenzij de wet anders bepaalt²²⁷. Voor buitencontractuele schade wordt de aansprakelijkheid bepaald aan de hand van de allerlichtste

fout («culpa levissima»), wat een duidelijk strengere maatstaaf is²²⁸.

b) Behoudens opzet, wordt bij contractuele aansprakelijkheid enkel de op het ogenblik van het sluiten van het contract voorziene of voorzienbare schade vergoed²²⁹. Bij quasi-delictuele aansprakelijkheid moet alle schade worden vergoed, ook de niet voorziene of niet voorzienbare²³⁰.

c) Contractueel is de belastingconsulent aansprakelijk voor personen of zaken waarop hij voor de uitvoering van het contract met zijn cliënten een beroep doet²³¹. Buitencontractueel is deze aansprakelijkheid voor personen voor wie men moet instaan en voor zaken die men onder zijn bewaring heeft, wettelijk geregeld²³².

d) Zijn verschillende personen schuldig aan een contractuele wanprestatie, dan is er geen hoofdelijkheid en draagt de schuldenaar enkel bij tot de schadevergoeding in de mate dat zijn eigen fout tot de schade heeft bijgedragen²³³. Hoofdelijkheid is er slechts wanneer de schuldenaars het statuut van handelaar zouden hebben²³⁴. Dit toont nogmaals het belang aan van een juiste bepaling van het juridisch statuut van de belastingconsulent. In geval van buitencontractuele aansprakelijkheid, zijn alle schadeverwekkers hoofdelijk gehouden tot het vergoeden van de schade²³⁵. Net zoals bij de contractuele aansprakelijkheid, kunnen de schadeverwekkers bij overeenkomst hun buitencontractuele aansprakelijkheid uitsluiten of verminderen. Aldus kunnen zij contractueel uitzondering maken op het principe van de hoofdelijkheid²³⁶.

Zoals eerder vermeld (nr. 44), zou een wettelijke regeling van het beroep op dit vlak wel enige beperking kunnen afleggen.

Besluit

52. De burgerlijke aansprakelijkheid van de belastingconsulent is een materie die niet door een specifieke wetgeving, maar wel door gemeenrechtelijke principes wordt beheerst. Daarbij is het juridisch statuut van de belastingconsulent enigszins onduidelijk, althans wat betreft de vraag of hij een handelaar is (zie nrs. 8-11). Een wettelijke regeling van het beroep zou hier verduidelijking kunnen brengen. Dit is ook gewenst wegens de juridische gevolgen die aan het handelaarsstatuut verbonden zijn zelfs met betrekking tot de problematiek van de burgerlijke aansprakelijkheid (zie nr. 51).

53. Deze aansprakelijkheid kan zowel van contractuele als van buitencontractuele aard zijn. Is zij contractueel, dan wordt de juridische verhouding tussen de belastingconsulent en zijn cliënten bepaald aan de hand van de regels van de aanneming van werk (verhuring van diensten) of de

²²⁸ CHRISTIAENS, A., *ibid*.

²²⁹ Art. 1150, B.W.

²³⁰ VAN GERVEN, W., *o.c.*, 154.

²³¹ VAN GERVEN, W., *ibid*.

²³² Artt. 1384, 1385 en 1386 B.W.

²³³ VAN GERVEN, W., *o.c.*, 155; VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, 175, nr. 25.

²³⁴ VAN GERVEN, W., *o.c.*, 155.

²³⁵ VAN GERVEN, W., *ibid*.

²³⁶ Dit is gebaseerd op Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 113, dat besliste dat de aquiliaanse aansprakelijkheidsregels niet van openbare orde zijn; cf. TIBERGHIEN, A., *o.c.*, nr. 674, p. 470.

²²¹ VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Fiskofoon*, 1987, p. 181, nr. 40.

²²² Cass., 4 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 940, en Cass., 7 december 1973, *Pas.*, 1974, I, 376.

²²³ Cf. VAN GERVEN, W., *o.c.*, 158.

²²⁴ Artt. 1382 tot 1386 B.W.

²²⁵ Art. 1997, B.W.

²²⁶ Cf. VAN GERVEN, W., *o.c.*, 154-155.

²²⁷ CHRISTIAENS, A., *o.c.*, 3.

lastgeving (zie nrs. 15-17). De aansprakelijkheid wordt verder nog beïnvloed naargelang de belastingconsulent zich verbonden heeft tot het leveren van zekere inspanningen (inspanningsverbintenis) of tot het behalen van een zeker resultaat (resultaatsverbintenis). In geval van een inspanningsverbintenis, zullen de cliënten principieel moeten aantonen dat de belastingconsulent zich onvoldoende heeft ingespannen, d.w.z. dat hij bij het uitvoeren van zijn verbintenis niet is opgetreden als een normaal oppassend en zorgvuldig belastingconsulent dit zou hebben gedaan (zie nr. 29). Bij een resultaatsverbintenis is het voldoende dat de cliënten bewijzen dat het beloofde resultaat niet bereikt is. De belastingconsulent zal zich dan enkel op overmacht of vreemde oorzaak kunnen beroepen om zich van zijn aansprakelijkheid te bevrijden (zie nr. 38).

De aansprakelijkheid van de belastingconsulent kan ook gebaseerd worden op onrechtmatige daad. Het criterium voor de aansprakelijkheidsbepaling ligt dan op het niveau van de lichtste fout wanneer het handelen van de belastingconsulent in strijd is met de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk-verkeer betaamt ten aanzien van personen of goederen. Deze quasi-delictuele aansprakelijkheid kan zich voordoen zowel ten aanzien van derden als ten aanzien van de cliënten zelf van de belastingconsulent (zie nrs. 46-51).

54. Rekening houdend met deze beginselen van burgerlijke aansprakelijkheid kunnen de volgende richtlijnen worden geformuleerd die het professioneel gedrag van de belastingconsulent moeten kenmerken²³⁷. Ten eerste moet de belastingconsulent, alvorens advies te geven of andere werkzaamheden te verrichten, de nodige inspanningen leveren om alle feiten die voor de oplossing van het probleem nodig of nuttig zijn, van zijn cliënten te vernemen. Dit is de zogenaamde ondervragingsplicht van de belastingconsulent (zie nr. 28). Ten tweede is de zorgvuldige belastingconsulent gehouden zijn dienstverlening af te stemmen op het begripsvermogen, de ontwikkeling, de ervaring, de deskundigheid en de maatschappelijke functie van zijn cliënten.

De fiscale dienstverlening dient dus verpersoonlijkt te worden en gericht op de cliënt «in concreto» (zie nr. 32). Ten derde moet de belastingconsulent bij het formuleren van zijn voorgestelde oplossingen de nodige voorzichtigheid aan de dag leggen en, waar nodig, wijzen op de eventuele risico's verbonden aan de uitvoering van de oplossing, of op de eventuele onzekerheid ervan. Tevens zal hij er goed aan doen aan te duiden dat zijn voorstellen het resultaat zijn van voldoende onderzoek (zie nr. 30). Ten vierde kan de aansprakelijkheid van de belastingconsulent niet ter sprake komen wanneer de cliënten «domme dingen» doen mits hij hen maar op een voldoende en zorgvuldige manier heeft voorgelicht. Het behoort immers niet aan de belastingconsulent, maar wel aan zijn cliënten om op basis van de verstrekte inlichtingen de gepaste beslissingen te nemen. Ten slotte is het ook belangrijk dat de belastingconsulent bij zijn optreden rekening houdt met de belangen van derden (zie nr. 46).

55. Men kan zich afvragen of onder deze vrij strenge regels²³⁸ de burgerlijke aansprakelijkheid van de belastingconsulent vaak in het gedrang wordt gebracht. Steunend op gepubliceerde rechtspraak zou hier negatief op kunnen worden geantwoord. Er mag dus verwacht worden dat, zoals in Nederland²³⁹, veel gevallen van aansprakelijkheid in der minne worden geregeld hetzij rechtstreeks tussen de belastingconsulent en zijn cliënten, hetzij via de tussenkomst van de verzekeraar van de belastingconsulent²⁴⁰. Dit leidt dan tot de bedenking of bij een eventuele wettelijke regeling van het beroep een beroepsaansprakelijkheidsverzekering niet verplicht dient te worden gemaakt voor diegenen die in de toekomst de beschermde titel van belastingconsulent zullen dragen.

G. JOSEPH

²³⁸ Cf. VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 183, nr. 43.

²³⁹ MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, I., o.c., *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 1988, afl. 2, 33.

²⁴⁰ VAN OEVELEN, A., o.c., *Fiskofoon*, 1987, 183, nr. 44, vermeldt dat een verzekeringsmaatschappij deze verzekeringstak heeft stopgezet omdat het risico te zwaar werd.

²³⁷ Cf. MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, I., «Beroepsaansprakelijkheid van de belastingadviseur, de inspecteur en de rechter in fiscale aangelegenheden», *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 1988, afl. 2, 35-36.

ONRECHTMATIGE DAAD EN ONEERLIJKE MEDEDINGING

I. BEGRIPSAFBAKENING

§ 1. De kenmerken van de buitencontractuele aansprakelijkheid

Voor zover relevant voor het vraagstuk naar de verhoudingen tussen onrechtmatige daad en oneerlijke mededinging, kunnen de essentiële beginselen van ons aansprakelijkheidsrecht als volgt worden samengevat.

De grondslag van de aansprakelijkheid tot vergoeding van veroorzaakte schade, geregeld door de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, is de fout of de schuld¹.

De klassieke foutconceptie vereist een onrechtmatige daad die aan de dader toerekenbaar is. De aansprakelijkheid veronderstelt dus de inbreuk op een gedragsnorm, enerzijds, de schuld van de dader, anderzijds². De gedragsafwijking wordt in abstracto beoordeeld, niet volgens de hoedanigheid en de geestesgesteldheid van het individu dat wordt aangesproken, maar aan de hand van het criterium van wat een voorzichtig en bedachtzaam mens zou hebben gedaan indien hij zich in soortgelijke omstandigheden als de dader had bevonden³.

«In dezelfde omstandigheden» onderstelt een beoordeling die niet volledig abstract is, maar teruggrijpt op concrete vergelijkingspunten zoals het milieu, het gewest en het tijdstip. Deze elementen zullen soms samen onderzocht worden met de gedragsnorm die overtreden werd: wanneer inbreuk is gepleegd op een bepaalde beroepsdeontologie, zal de gedraging vergeleken worden met de houding die de normale voorzichtige en eerlijke beoefenaar van hetzelfde beroep zou hebben aangenomen in dezelfde omstandigheden⁴.

Het bewijs van de schade is geen bewijs van de fout⁵.

De voorzienbaarheid van de schade is een gegeven dat in acht moet worden genomen bij de beoordeling van het behoorlijk handelen, doch vormt geen autonoom criterium om tot het bestaan van aansprakelijkheid te beslissen, hoe-

wel bepaalde arresten van het Hof van Cassatie de voorzienbaarheid als een (supplementair) bestanddeel van de fout blijken te beschouwen⁶. In werkelijkheid speelt het criterium van de voorzienbaarheid enkel een rol ingeval de fout bestaat in een onvoorzichtigheid of onzorgvuldigheid⁷. Bij opzettelijke overtreding van de zorgvuldigheidsnorm komt het onderzoek naar de voorzienbaarheid niet aan bod⁸, en evenmin wanneer de fout die aan de dader wordt verweten, bestaat in de schending van een andere norm dan de algemene zorgvuldigheidsnorm⁹.

De onrechtmatige daad, gedefinieerd als de tekortkoming aan een gedragsnorm, kan immers bestaan hetzij in de overtreding van een specifieke rechtsnorm, hetzij in een inbreuk op de algemene, niet nader omschreven zorgvuldigheidsnorm, neergelegd in de artikelen 1382 en 1383 B.W.

De overtreding van een welomschreven rechtsnorm is op zichzelf — ja zelfs «per definitie» — een onrechtmatige daad¹⁰. Wanneer de wet of het reglement een specifiek, welomschreven gebod of verbod oplegt, kan de rechter volstaan met de overtreding vast te stellen om meteen tot de onrechtmatigheid te besluiten. Indien de norm geen welomschreven inhoud heeft, of slechts een inspanningsverbintenis en geen resultaatverbintenis oplegt, dan zal de rechter vooraf de inhoud van de norm moeten bepalen en omschrijven, om volgens de omvang van de verplichting te beslissen of zij al dan niet is nageleefd in het hem voorgelegde geval. Bij dit onderzoek (kwalificatie van de norm en toetsing van het feitelijk gedrag van de dader aan de aldus gedefinieerde norm) speelt de zorgvuldigheidsappreciatie opnieuw een rol. Dezelfde criteria als die welke aangewend worden voor de toepassing van de *algemene zorgvuldigheidsplicht* worden toegepast¹¹. De overtreden norm is

⁶ DALCQ, «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1973, 627, nr. 4, 630-631; VANDENBERGHE en VAN QUICKENBORNE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1987, 1283, nr. 14 en 1292, nr. 67.

⁷ DALCQ, *Les Nouvelles*, 165, nr. 309; FAGNART, «Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1968-1975)», *J.T.*, 1976, 569, nr. 36, 585; FAGNART en DENEVE, «Chronique — La responsabilité civile (1976-1984)», *J.T.*, 1986, 298, nr. 44.

⁸ VANDENBERGHE en VAN QUICKENBORNE, *T.P.R.*, 1987, 1283, nr. 14.

⁹ FAGNART, «Chronique», *J.T.*, 1976, 585, nr. 36.

¹⁰ O.m. Cass., 10 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 729; VANDENBERGHE en VAN QUICKENBORNE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1980, 1148-1149, nrs. 4 en 5; *T.P.R.*, 1987, 1266, nr. 3. Vgl., in de rechtstak van de onrechtmatige mededinging, de algemene norm neergelegd in art. 54 van de Wet op de Handelspraktijken, met art. 54bis WHP (ingevoerd door art. 95 van de wet van 4 augustus 1978 op de economische heroriëntering), waarin een reeks specifieke inbreuken op andere wetten worden opgesomd die als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken kunnen worden beschouwd.

¹¹ DALCQ, *Les Nouvelles*, 165, nr. 307; FAGNART, «Chronique», *J.T.*, 1976, 585, nrs. 33-35; VANDENBERGHE en VAN QUICKEN-

¹ MAZEAUD en TUNC, *Traité*, I, nrs. 368-369; DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, nrs. 244-250; VANDEPUTTE, R., *Het aquillaans foutbegrip*, 13.

² VANDENBERGHE, H., en VAN QUICKENBORNE, M., «Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», *T.P.R.*, 1987, 1255, nr. 1, 1263.

³ DALCQ, *Les Nouvelles*, 152, nr. 262; VANDEPUTTE, *op. cit.*, 13; DALCQ, «Examen de jurisprudence — La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (1973-1979)», *R.C.J.B.*, 1980, 360, nr. 4.

⁴ DABIN, J. en LAGASSE, A., «Examen de jurisprudence — La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle», *R.C.J.B.*, 1949, 57, nr. 15; DALCQ, *Les Nouvelles*, 152, nr. 264.

⁵ Cass., 4 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, 124; Cass., 20 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 837; VANDEPUTTE, *op. cit.*, 30, nr. 7.

echter niet deze algemene zorgvuldigheidsplicht, neergelegd in de artikelen 1382 en 1383 B.W., wel de wettelijke of reglementaire norm met onbepaalde inhoud¹².

De strekking van de rechtsnorm is zonder belang. Immers wordt naar Belgisch recht de theorie van de relatieve onrechtmatigheid, volgens welke de overtreding enkel aanleiding geeft tot vergoeding indien de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het gekrenkte belang te beschermen, niet aanvaard, tenzij wanneer de wetgever daarvan uitdrukkelijk is afgeweken¹³.

Vervolgens zij eraan herinnerd, zonder op dit leerstuk in te gaan, dat de quasi-delictuele fout slechts tot aansprakelijkheid aanleiding kan geven, wanneer de fout de oorzaak is geweest van de geleden schade¹⁴.

De aansprakelijkheidsvordering gebaseerd op de artikelen 1382 en 1383 B.W. veronderstelt het *bestaan* van schade. Voorkoming van schade kan evenwel bereikt worden, bij uitsteking door het vorderen van maatregelen in kort geding, op voorwaarde dat het geval spoedeisend is en dat de eiser het bewijs levert van zijn «reeds verkregen en dadelijk belang». De vordering is echter toewijsbaar om een ernstig bedreigd recht te beschermen¹⁵. Herstel van schade kan ook «in natura» of in specifieke vorm worden verkregen door het toekennen van positieve maatregelen, hoewel daadwerkelijke uitvoering van zulk een bevel tot nakoming moeilijk te bereiken is¹⁶.

De verhouding van deze, hier zeer summier opgesomde, toepassingsvereisten van de aansprakelijkheidsvordering tot het leerstuk van de oneerlijke mededinging, vormt het voorwerp van dit preadvies.

§ 2. Van oneerlijke mededinging naar (behoorlijk) marktgedrag

Het begrip «oneerlijke mededinging» («concurrency déloyale») wordt nog steeds aangewend als synoniem van onrechtmatige mededinging, hoewel de term «oneerlijk» een duidelijk pejoratieve betekenis behoudt¹⁷. Het woord oneerlijk vindt een weerklank in het begrip «eerlijke handelsgebruiken» dat afkomstig is uit het Unieverdrag van Parijs (art. 10bis, ingevoerd door de Conferentie van 's-

Gravenhage), en reeds voorkwam in het K.B. nr. 55 van 23 december 1934.

Thans bepaalt artikel 54 van de wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken dat verboden is elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad, waarbij een handelaar of een ambachtsman de beroepsbelangen van één of meer andere handelaars of ambachtslui tracht te schaden.

Met «onrechtmatige», «oneerlijke» of nog «ongoorloofde» mededinging¹⁸ bedoelt men echter niet alleen de daden strijdig met de eerlijke handelsgebruiken, als bedoeld in artikel 54, doch meer algemeen ook alle tekortkomingen aan de andere bepalingen van de wet op de handelspraktijken¹⁹, om deze materie²⁰ te onderscheiden van het «mededingingsrecht» of kartelrecht. De wet op de handelspraktijken heeft als eerste doelstelling de bescherming van ondernemingen en van consumenten «in» de mededinging, terwijl het mededingingsrecht de handhaving beoogt van de mededingingsstructuur zelf²¹.

Dit betekent echter niet dat artikel 54 WHP enkel tot doelstelling de bescherming van privé-belangen zou hebben²². Vóór het K.B. nr. 55 van 23 december 1934 werd de bescherming tegen daden van «oneerlijke mededinging» uitsluitend gebaseerd op de bepalingen van de artt. 1382 en 1383 B.W. Met als achtergrond de principiële vrijheid van handel en nijverheid neergelegd in het decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791, werd schade verwekt door onrechtmatige concurrentiedaden door de rechtbanken vergoed op

¹⁸ Deze terminologische discussies bestaan ook in Nederland; zie VERKADE, *Ongeoorloofde mededinging*, 2e uitg., 1.

¹⁹ Dit, als dusdanig, los nog van de betwiste vraag of de miskenning van een voorschrift van de Wet op de Handelspraktijken ook een daad kan uitmaken strijdig met de eerlijke handelsgebruiken in de zin van art. 54 WHP. Cass., 4 juni 1976, *Pas.*, 1976, I, 1081; Cass., 27 mei 1977, *Pas.*, 1977, I, 994, noot E.K. Over de controverse zie men DE VROEDE, P. en BALLON, G.L., *Handelspraktijken*, nrs. 1285 e.v.; STUYCK, J. en VAN GERVEN, W., *Handels- en economische recht*, Deel 2, *Mededingingsrecht*, A, *Handelspraktijken*, 90 e.v. nr. 99.

²⁰ Door STUYCK gedefinieerd als «dat deel van het economisch recht dat gegroeid is uit het leerstuk van de oneerlijke concurrentie en dat in het economisch belang van concurrenten en consumenten het gedrag van ondernemingen op de markt regelt» (*Algemene beschouwingen bij het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken*, Studiedag Leuven, 19-20 nov. 1987, stencil, nr. 38).

²¹ Zie, in het algemeen, over de definitie van «mededinging» en de groepering van de verschillende takken van het mededingingsrecht, DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *Le droit de la concurrence*, 1, *Les pratiques du commerce*, 33 e.v., nrs. 31 e.v.; STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 4 e.v. De Handelspraktijkenwet kan soms «mededingingsbeperkend» zijn: zie VAN DEN BERGH, «Over de mededingingsbeperkende werking van de Wet Handelspraktijken ...», *E.S.T.*, 1980, 425-446; STUYCK, *Algemene beschouwingen* ..., nr. 50.

²² VEROUĞSTRAETE, I., «De wet op de handelspraktijken en het recht van de Europese Gemeenschappen», in *Liber Amicorum J. Mertens de Wilmars*, 387 e.v.; DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 3, nr. 2; VEROUĞSTRAETE, I., «Bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel rechtdoende op grond van artikel 55 WHP», *R.W.*, 1978-79, 817 e.v.; RONSE, J., «De onrechtmatige mededinging — Het omstreden toepassingsgebied van het K.B. nr. 55 van 23 december 1934», *R.W.*, 1948-49, 881, attendeert reeds op het feit dat de eerlijkheid in de handelstransacties een vereiste is van het algemeen welzijn, dat de Staat dient te controleren.

BORNE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1980, 1149, nr. 6; *T.P.R.*, 1987, 1275, nr. 10; VANDEPUTTE, *op. cit.*, 14.

¹² Vgl. echter FAGNART en DENEVE, «Chronique», *J.T.*, 1986, 298, nr. 43, waar dit onderscheid niet duidelijk tot uiting komt.

¹³ VANDENBERGHE en VAN QUICKENBORNE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1980, 1152, nr. 7; GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, I, 127, nr. 736; Cass., 28 april 1972, *Pas.*, I, p. 997; Cass., 2 mei 1985, *T.B.H.*, 1985, 631, met noot VEROUĞSTRAETE, I.; VAN DEN BERGH en DIRIX, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, 272-273, nr. 447; DE VROEDE, P., «Handelspraktijkenwet, stand van zaken en toekomstige ontwikkeling», *T.P.R.*, 1986, 609, nr. 62, 639-640.

¹⁴ Cass., 19 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 2322.

¹⁵ Artt. 17 en 18 Ger. W.; VEROUĞSTRAETE, I., «Het kort geding, recente trends», *T.P.R.*, 1980, 258, nr. 29, 274.

¹⁶ DALCQ, *Les Nouvelles*, II, nr. 4154 e.v.; RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, APR, 223 e.v., nr. 302.

¹⁷ SCHRICKER, FRANCO, WUNDERLICH, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats-membres de la CEE*, II.1, *Belgique-Luxembourg*, 166-167, nr. 113.

grond van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Daartoe is voldoende — doch is vereist — dat de oneerlijke concurrentiedaad een fout uitmaakt in de zin van de artt. 1382 en 1383 B.W.²³. Treffend is dat, reeds in deze beginfase, in de rechtspraak blijkbaar weinig aandacht werd besteed aan het foutvereiste: «La jurisprudence se bornait en général à qualifier de déloyales les pratiques qu'elle condamnait, sans approfondir la notion de faute»²⁴.

Naar de grondslag van de onrechtmatigheid werd verder tastend gezocht.

De instelling kon, niet zonder logica, gebaseerd worden op het eigendomsrecht, waarbij de bescherming van de handelszaak of van de cliënteel tegen onrechtmatig geachte agressiemethodes wordt beoogd. Bepaalde concurrentiedaden worden onrechtmatig geacht omdat zij een schending uitmaken van een vorm van industrieel eigendomsrecht²⁵. Moreau, die de grondslagen legde van het leerstuk van de onrechtmatige mededinging, is niet ver van deze opvatting verwijderd, doch in genuanceerde vorm: de concurrenten begaan een daad van oneerlijke concurrentie, en dus een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382, wanneer zij de rechten van een handelaar, als houder van de rechten die de handelszaak van de onderneming uitmaken, krenken²⁶. De theorie van het eigendomsrecht als grondslag van de onrechtmatige mededinging is thans verlaten²⁷, doch de definitie van Moreau («La concurrence illicite est la faute de celui qui, imprudemment, ou de mauvaise foi, dans un intérêt de concurrence, porte atteinte à un droit résultant d'une organisation industrielle ou commerciale») heeft lange tijd de rechtspraak beïnvloed.

De tweede grondslag, die een zekere bijval heeft gehad, is de theorie van het rechtsmisbruik. Uitgaande van de principiële vrijheid van handel en nijverheid, die de concurrentiestrijd toelaat — en deze strijd brengt per definitie nadeel toe aan de verliezende concurrent²⁸ —, wordt dan vooropgesteld dat wie misbruik maakt van deze vrijheid door te handelen in strijd met de eerlijke handelsgebruiken, een on-

rechtmatige daad pleegt²⁹. Doch ook dit uitleggingscriterium wordt verlaten, als logisch gevolg van de verwerping van het postulaat van de absolute concurrentievrijheid, waarop deze theorie was gebaseerd³⁰. Het is thans immers duidelijk dat de normen van behoorlijk handelen, zoals zij progressief door de rechtspraak zijn opgebouwd en verfijnd, deel uitmaken van de regelen die de concurrentie beheersen, en niet beperkt kunnen worden tot uitzonderingen of perken aan een principiële absolute concurrentievrijheid. Niettemin wordt de grondslag van de bescherming tegen oneerlijke concurrentiedaden nog dikwijls gezien in de noodzaak om «excessen» in de concurrentiestrijd tegen te gaan³¹.

Het K.B. nr. 55 van 23 december 1934 beantwoordt aan een behoefte van «sanering van de handel». Ondanks de tussenkomst van de rechtspraak om in meerdere gevallen tegen daden van oneerlijke mededinging op te treden op grond van de artt. 1382 en 1383 B.W., bleek deze rechtswetgeving onvoldoende om de eerlijkheid van de handelstransacties te verzekeren: ten gronde, omdat de toepassingsvereisten van de algemene zorgvuldigheidsplicht (inzonderheid het bewijs van de schade) niet steeds transposeerbaar waren in deze materie; procedureel, omdat de vordering tot schadevergoeding traag verliep en geen preventief karakter had³².

Dat heeft het K.B. nr. 55 willen verhelpen door, in het kader van een veralgemeende handelsreglementering waarvan het deel uitmaakt, enerzijds het specifiek begrip oneerlijke concurrentie te bepalen, onafhankelijk van de algemene zorgvuldigheidsnorm, en anderzijds door een procedureregel in te voeren, de vordering tot ophouden, die, door een vervuiming van de bevoegdheden van de voorzitter van de rechtbank van koophandel, een efficiënter optreden zou waarborgen. Zoals reeds vermeld, werd het begrip eerlijke mededinging ontleend aan art. 10bis van het Unieverdrag van Parijs. Hoewel artikel 1 van het K.B. nr. 55 in de eerste plaats een procedureregel invoert³³, werd spoedig vrijwel algemeen aanvaard dat het ook een bron van materieel recht uitmaakt³⁴. De vordering tot ophouden geregeld in het K.B. nr. 55 — die afwijkt van het gemeene recht van de burgerlijke aansprakelijkheid³⁵ — is nochtans beperkt tot

²³ De aanwending van het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid tot betuiging van de oneerlijke concurrentie en de evolutie van de rechtspraak op dit vlak worden op exhaustieve en meesterlijke wijze uiteengezet in SCHRICKER, FRANCO, WUNDERLICH, *op. cit.*, 150 e.v., nrs. 60 e.v.; DALCQ, *Les Nouvelles*, 191, nr. 406; R.D.P.B., II, v°, «Concurrence illicite», 627; COPPIETERS DE GIBSON, *La concurrence déloyale, Les Nouvelles, Droits intellectuels*, I, nrs. 15 e.v.

²⁴ SCHRICKER, FRANCO, WUNDERLICH, *op. cit.*, 61, verwijzend naar MOREAU, *Traité de la concurrence illicite*. Dezelfde vaststelling vindt men terug in het trefwoord «Concurrence illicite», in de R.P.D.B., hierboven aangehaald: het foutbegrip zelf wordt niet onderzocht.

²⁵ Tot gelijkaardige begripsomschrijvingen leidt de benadering van de mededinging door definitie van het object: zie hierover DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 67, nr. 45; voorstander van de hantering van de intellectuele eigendom is nog A. BRAUN, «Evaluation d'une théorie de l'acte commercial», *Ing. Cons.*, 1963, 167.

²⁶ *Traité*, nrs. 15, 24, 27 en passim.

²⁷ DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 60, nr. 42; zie nochtans DALCQ, *Les Nouvelles*, 193, nr. 413.

²⁸ Cf. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf*, I, 130, nr. 112 en passim.

²⁹ DALCQ, *Les Nouvelles*, 152, nr. 407; doch deze auteur weerlegt de opvatting volgens welke enkel rechtsmisbruik ten grondslag zou kunnen liggen van aansprakelijkheid wegens oneerlijke concurrentie, 193, nr. 414; COPPIETERS DE GIBSON, *op. cit.*, nr. 16: «Pour qu'il y ait faute il faut qu'il y ait abus d'un droit.»

³⁰ DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 60, nrs. 43 e.v.

³¹ VAN RYN en HEENEN, *Principes*, 2e uitg., 199, nr. 190, met verwijzing naar Roubier; VANDEPUTTE, *Het aquillaans foutbegrip*, 44-45: «Het misbruik van recht dat erin bestaat de eerlijke gebruiken van de handel te miskennen bezorgt derhalve aan de benadeelde een recht op schadevergoeding...»

³² SCHRICKER, FRANCO, WUNDERLICH, *op. cit.*, 63, nr. 4; DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 823, nr. 765.

³³ Daaraan wordt herinnerd in de noot E.K. onder Cass., 27 mei 1977, *Pas.*, I, p. 995; zie ook J.M. NELISSEN-GRADE, noot onder Voorz. Kh. Mechelen, 29 december 1978, *B.R.H.*, 1982, 243.

³⁴ SCHRICKER, FRANCO, WUNDERLICH, *op. cit.*, 141, nr. 89; GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf*, II, 223, nr. 862.

³⁵ En wel omdat de staking als enig herstelmiddel wordt voorzien, zonder het alternatief — in het kader van de speciale wet —

de handelingen strijdig met de eerlijke handelsgebruiken waarbij «mededingers» worden aangetast in hun cliënteel, hun krediet of hun concurrentievermogen. In deze mate houdt het K.B. nr. 55 nog nauw verband met de aansprakelijkheidsvordering, daar de vordering zich afspeelt in de relatief enge sfeer van de concurrentiestrijd tussen handelaars die zich op hetzelfde niveau van produktie of distributie bevinden.

Onbetwist is verder dat het invoeren van de vordering tot ophouden tot beteugeling van handelingen strijdig met de eerlijke handelsgebruiken, de vordering tot schadevergoeding, op grond van het gemene recht, niet uitschakelt³⁶, in welk geval, in beginsel althans, de strikte toepassingsvereisten van het gemene recht van de civielrechtelijke aansprakelijkheid verenigd dienen te zijn. Vraag is echter, zoals hierna zal worden onderzocht, of de vordering wordt toegekend op grond van een onderzoek dat enkel is gebaseerd op de criteria van de algemene zorgvuldigheidsnorm, dan wel of de overtreding van de specifieke doch naar inhoud onbepaalde rechtsnorm van schending van de eerlijke handelsgebruiken (eventueel reeds vastgesteld door de voorzitter in het kader van de vordering tot ophouden) als maatstaf van de onrechtmatigheid zal dienen.

Artikel 54 van de Wet op de Handelspraktijken van 14 juli 1971 maakt een einde aan het concurrentiële (of juist, «competitieve») vereiste: «La loi nouvelle veut assurer, d'une manière plus générale, le respect de conditions normales de l'exercice des activités commerciales»³⁷.

Al staat deze bepaling centraal, doch bevat de Wet op de Handelspraktijken veel meer dan de bescherming tegen oneerlijke handelsgebruiken. Zij incorporeert immers talrijke bepalingen die op specifieke wijze bepaalde daden of gedragingen regelen, die voorheen deel uitmaakten van de handelingen die de rechtspraak had beschouwd als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken (misleidende en vergelijkende reclame, verwarring, verkoop met verlies), of nog normen die behoren tot de algemene handelsreglementering («police du commerce») en vroeger verspreid waren in talrijke andere wetten (benamingen van oorsprong, prijsaanduiding, prijsvergelijking, hoeveelheidsaanduidingen, uitverkoppen ...).

De WHP beoogt dus ook de bescherming van de gebruiker en de vrijwaring van het algemeen belang, zodat gesteld kan worden dat zij strekt tot het ordenen van geheel de economische activiteit³⁸. Dit geldt dan niet alleen voor de

specifieke bepalingen uit de wet, maar ook voor de algemene norm vervat in artikel 54 onder de titel «Over praktijken, strekkende tot het verdraaien van de normale voorwaarden van de mededinging», die niet meer uitsluitend of hoofdzakelijk beperkt is tot de bescherming van handelspartners.

Een verdere bevestiging van deze tendens is de inlassing van artikel 54bis, dat — weliswaar op nogal ongelukkige wijze — een elftal specifieke wetsovertredingen betreffende de uitoefening van handelswerkzaamheden uitdrukkelijk aanmerkt als daden die strijdig kunnen zijn met de eerlijke handelsgebruiken en dus het voorwerp kunnen uitmaken van een vordering tot staken³⁹.

Het is in dit licht dat de verhoudingen tussen oneerlijke of onrechtmatige mededinging en de regelen van de quasi-delictuele aansprakelijkheid onderzocht dienen te worden.

II. DE VERHOUDINGEN TUSSEN ART. 54 WHP EN DE ARTT. 1382 en 1383 B.W.

§ 1. Probleemstelling

Dit onderzoek valt uiteen in twee aspecten:

— Is het voor de toepassing van artikel 54 (hetzij in het kader van de vordering tot staking, hetzij in het kader van de vordering tot schadevergoeding) noodzakelijk dat de toepassingsvereisten van de artikelen 1382 en 1383 B.W. verenigd zijn?

— Maakt schending van artikel 54 WHP een onrechtmatige daad uit in de zin van artikel 1382 B.W.?

Aldus werd de vraag reeds gesteld door Schricker, Francq en Wunderlich⁴⁰, die de tweede vraag zonder veel twijfel affirmatief beantwoorden, maar, wat betreft de eerste vraag, met voorzichtigheid de stelling bepleiten dat, zoals dit het geval was onder het stelsel van het K.B. nr. 55, zowel de vordering tot staking als de vordering tot schadevergoeding in het kader van de Wet op de Handelspraktijken alle bestanddelen van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsnorm, inzonderheid het foutvereiste, moeten bevatten.

§ 2. Confrontatie van de normen

a) Is artikel 54 WHP een «herschrijving» van artikel 1382 B.W.?

Hierboven werd uiteengezet dat, sedert de XIXe eeuw en tot 1934, de gemeenrechtelijke normen van de burgerlijke aansprakelijkheid de enige grondslagen waren van het optreden tegen daden van oneerlijke mededinging. Het is onbetwistbaar dat, in deze periode, de onrechtmatige mede-

van enige «andere» vorm van schadeloosstelling: DALCQ, *Les Nouvelles*, 193, nr. 411; op de vraag of de vordering tot staken nog als een «vorm van schadeloosstelling» kan worden beschouwd, zal hierna worden ingegaan.

³⁶ DALCQ, *Les Nouvelles*, 193, nrs. 413 en 414.

³⁷ VAN RYN en HEENEN, *Principes*, I, 2e uitg., 201, nr. 191; DE VROEDE en BALLON, *Handelspraktijken*, 6, nr. 5, en 534 e.v., nrs. 1108 e.v.. De betwisting is echter niet beëindigd: GOTZEN, «Concurrentievereiste — Wettigheidsnorm — Pogingsbegrip», *R.W.*, 1979-80, 2547.

³⁸ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, p. 4; DE VROEDE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1983, 870, nrs. 1 e.v.; GOTZEN, «Het onttrekken van de vordering tot staking van ongeoorloofde handelspraktijken aan de alleenheerschappij van de handelaarsnotie in het Wetboek van Koophandel», *R.W.*, 1974-75, 1665; VEROUGSTRAETE, I, «Bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel,

rechtdoende op grond van artikel 55 WHP», *R.W.*, 1978-79, 817; VEROUGSTRAETE, I., «De Wet Handelspraktijken en het EG-recht», in *Liber Amicorum J. Mertens de Wilmars*, 387.

³⁹ STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 99, nr. 105; DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 655, nr. 1296; VAN RYN, J., «Une législation maladroite», *J.T.*, 1978, 533; GOTZEN, «Concurrentievereiste ...», *R.W.*, 1979-80, 2547; EVRARD, «Chronique, Les pratiques du commerce», *J.T.*, 1985, 194, nr. 87.

⁴⁰ *Op. cit.*, nr. 90, a.

dinging slechts een toepassing uitmaakte, in het domein van de mededinging in handel en nijverheid, van de beginselen van de quasi-delictuele aansprakelijkheid⁴¹. De systematiek die gevolgd wordt, om tot de aansprakelijkheid en de vergoeding te beslissen, volgt dan ook zeer strikt de beginselen van het gemene recht: fout, toerekenbaarheid, schade. Juist omdat dit instrument zowel materieelrechtelijk als procedureel onvoldoende was om gezonde en behoorlijke marktverhoudingen te waarborgen, werd de schending van de eerlijke handelsgebruiken in het K.B. nr. 55 van 23 december 1934 ingesteld als specifieke norm, met een aangepaste sanctie (de vordering tot staken).

Bijna als vanzelfsprekend werd aanvaard dat de daden van oneerlijke mededinging, als bepaald door het K.B. nr. 55 (of liever door de rechter op grond van deze rechtsnorm), een «bijzondere categorie» uitmaken van delictuele of quasi-delictuele fouten. Meteen kan slechts worden opgetreden tegen handelingen van oneerlijke mededinging, en kan de vordering enkel worden toegewezen, op voorwaarde dat alle toepassingsvereisten van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daad verenigd zijn, inzonderheid het foutvereiste. Aangezien het foutvereiste niet voorkomt in het K.B. nr. 55 zelf, wordt dan gesteld dat het noodzakelijkerwijze moest worden toegevoegd⁴². Het is in deze analyse niet steeds duidelijk of een bepaalde handeling — zoals omschreven in het K.B. nr. 55 — enkel strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken omdat ze foutief is gepleegd, dan wel of het foutvereiste slechts aanwezig dient te zijn tot het instellen van de vordering tot staken. Zoals in de vorige periode, blijft de rechtspraak over dit probleem praktisch niet bestaande. Het foutvereiste wordt niet op zelfstandige wijze onderzocht: de rechtbanken blijven bij de (impliciete) beschouwing dat de schending van de eerlijke handelsgebruiken die zij in feite vaststellen, een fout uitmaakt. Zelden wordt de verwijzing naar de quasi-delictuele aansprakelijkheid uitdrukkelijk gemaakt, wellicht omdat daartoe geen praktische behoefte bestond⁴³.

Er wordt dan beschrijvend gesteld dat het K.B. nr. 55 de oneerlijke concurrentie «in de sfeer» heeft gelaten van de artikelen 1382 en 1383 B.W.⁴⁴.

Evenmin als het K.B. nr. 55, bevat de Wet op de Handelspraktijken enige aanwijzing betreffende de verhoudingen tussen onrechtmatige daad en de eerlijke handelspraktijken, behoudens uiteraard dat, voor de toepassing van artikel 54 WHP, enkel in aanmerking komen de handelingen die «schade» (kunnen) berokkenen aan de beroepsbelangen van een andere handelaar of ambachtsman.

Het afschaffen van het rechtstreekse concurrentievereiste en de verruiming van de vorderingsgerechtigden doet nochtans vragen rijzen.

Hoewel uitdrukkelijk wordt gesteld dat art. 54 WHP voortaan dwingende rechtskracht verleent aan de eerlijke handelsgebruiken, worden deze nog steeds beschouwd als regelen «van dezelfde orde» als die van de meer algemene

zorgvuldigheidsnorm van de artt. 1382 en 1383⁴⁵. Daden strijdig met de eerlijke handelsgebruiken maken dus, in deze opvatting, nog steeds een bijzondere soort uit van delictuele of quasi-delictuele fouten, met het noodzakelijk gevolg dat zij dan ook aan alle bestaansvoorwaarden van de civielrechtelijke aansprakelijkheid moeten beantwoorden⁴⁶.

Het komt dan ook zover dat gesteld wordt dat artikel 54 WHP «niets anders doet dan voor het handelsleven art. 1382 B.W. te herschrijven»⁴⁷.

Tegen deze zienswijze werd evenwel opgekomen door Gotzen, die ze als «bepaald uit de tijd» bestempelt⁴⁸. Met Gotzen moet inderdaad in overweging worden genomen dat men met art. 54 WHP staat voor een andere opzet dan de bekommernis van vergoeding — op individualistische basis — van de schade die door een geleadeerde partij is geleden. Op deze kenmerken van ons huidige recht van de (onrechtmatige) mededinging werd reeds uitvoerig gewezen.

Wat met «herschrijving» wellicht wordt bedoeld is eerder dat art. 54 WHP structureel werd geschreven naar het model van art. 1382 B.W.: een fout («de met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad»), schade («schending van de beroepsbelangen») en het oorzakelijk verband tussen fout en schade («waarbij»).

Of daaruit moet worden afgeleid dat er pas schending kan zijn van de eerlijke handelsgebruiken op voorwaarde dat alle kenmerken van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daad aantoonbaar verenigd zijn, is een andere vraag. Daarbij dient bovendien een onderscheid te worden gemaakt tussen de vordering tot staking enerzijds, en de «gemeenrechtelijke» vordering ten gronde anderzijds.

b) De fout of het schuldbegrip

1) De gedragsnorm als referentie

In het gemeenrechtelijk stelsel van de buitencontractuele aansprakelijkheid, is de fout de gedragsafwijking, de daad die de normaal voorzichtige persoon niet zou hebben begaan.

De gedragsnorm, die als maatstaf tot beoordeling van het bestaan van een fout zal worden aangewend, is dan ook de «eerlijke gebruiken van de handel».

Op dit moeilijk te omvatten begrip werd grondig ingegaan door De Vroede⁴⁹. Met zekerheid kan aangenomen

⁴⁵ VAN RYN en HEENEN, *Principes*, I, 2e uitg., 199, nr. 190.

⁴⁶ VAN RYN en HEENEN, *op. cit.*, 203, nr. 193; STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 53, nr. 57 en 89, nr. 97; STUYCK, «La loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce: applications et perspectives dans l'intérêt du consommateur», in *Les consommateurs et les pratiques du commerce*, 210; meer in problematische vorm: SWENNEN en VAN DEN BERGH, «Wet Handelspraktijken, Overzicht van rechtspraak (1976-82)», 95, nr. 101, 99, nr. 106; WERCKX, J., «De vordering tot staken en de schadevordering», *Iura Falconis*, 1980-81, 446 e.v.

⁴⁷ SWENNEN en VEROUGSTRATE, «Kroniek van Belgisch economisch recht», *S.E.W.*, 1977, 686; VAN DEN BERGH en DIRIX, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, 271, nr. 444.

⁴⁸ GOTZEN, «Concurrentievereiste ...», *R.W.*, 1979-80, 2547, noot 5 b, t.a.v. kol. 2552.

⁴⁹ «Le notion 'usages honnêtes en matière commerciale'», *R.C.J.B.*, 1982, 65, noot onder Brussel, 27 november 1979, *ib.*, 58.

⁴¹ *R.P.D.B.*, II, v° «Concurrence illicite», 627, nr. 1.

⁴² SCHRICKER, FRANCO, WUNDERLICH, *op. cit.*, 141, nr. 89.

⁴³ Zie Kh. Brussel, 24 november 1951, *Ing. Cons.*, 1951, 255.

⁴⁴ («dans l'orbite de...») SCHRICKER, FRANCO, WUNDERLICH, *op. cit.*, 141, nr. 89.

worden dat het gaat om een *gedragsregel*, en niet om een gewoonterechtsregel, en dat aan «eerlijk» niet noodzakelijk een morele betekenis toekomt, doch dit in de zin van «redelijk» of «behoorlijk» dient te worden genomen⁵⁰. Een verdere delicate vraag is of het bestaan van een gedragsnorm wordt bepaald door het feit dat zij een praktijk is, herkenbaar gehuldigd door een referentiegroep, of door een meerderheid binnen deze groep, dan wel of de gebruiken van een minderheid eveneens als model kunnen dienen⁵¹. Het antwoord lijkt te zijn dat, hoewel het eerlijk handelsgebruik oorspronkelijk door de handelskringen wordt bepaald, daartoe niet vereist is dat het gebruik door de meerderheid wordt gevolgd, noch dat het bewustzijn van hetgeen betaamt, concreet aantoonbaar is: «Geconfronteerd met de economische realiteit oordeelt de rechter welke gedraging niet als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken aan te maken is»⁵².

De *beroepsdeontologie* kan voor de rechter een aanwijzing zijn van hetgeen de betrokken beroepskringen als eerlijk gebruik beschouwen. Doch de — eventueel gecodificeerde — beroepsdeontologie is niet de enige maatstaf. Ook handelingen die de specifieke beroepsdeontologie niet schenden, kunnen aangemerkt worden als strijdig met de handelsgebruiken, terwijl de rechter bezwaarlijk gevolg zal geven aan regels die in naam van een bepaalde beroepsdeontologie worden opgelegd of aangeraden, doch in werkelijkheid concurrentieverslensend zijn⁵³.

Art. 54 WHP ziet immers ook op de belangen van de andere marktdeelnemers. De eerlijke handelsgebruiken zijn niet alleen die gebruiken die het onmiddellijk betrokken beroepsmilieu erkent, maar ook de gebruiken die de gemeenschap van de marktdeelnemers als regel van fatsoenlijk en behoorlijk handelen aanmerkt, of door de wetgever en de rechtsmachten geacht wordt aan te merken.

Het voorgaande wordt nog duidelijker wanneer rekening gehouden wordt met het feit dat *niet-naleving van wetten* ook een daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken kan uitmaken, die verboden wordt door art. 54 WHP, wanneer deze overtreding de beroepsbelangen van een handelaar schaadt of dreigt te schaden, minstens wanneer diegene die het voorschrift miskent, door deze miskenning een economisch voordeel op een andere krijgt.

Op de uitvoerige — en soms bepaald moeilijk gemaakte — discussies die het leerstuk van de «onwettige mededinging» in de rechtsliteratuur aanleiding heeft gegeven, zal hier niet worden ingegaan⁵⁴. Deze regel kan uitgelegd wor-

den als een bijzondere toepassing van de algemene leer die hierboven werd geschetst, volgens welke het overtreden van een wettelijke of reglementaire norm op zich een fout uitmaakt in de zin van art. 1382 B.W.⁵⁵. De erkenning dat de wetsovertreding niet strookt met het behoorlijk gedrag, is niet op meer specifieke wijze aanwezig bij handelaars dan bij de doorsnee-burger, op wie de algemene verplichting van de naleving van wetten en reglementen weegt. Dit zou met meer waarschijnlijkheid het geval zijn voor wetbepalingen (al dan niet reeds voorkomend in de Wet op de Handelspraktijken) die specifiek op de handel of op de beroepsuitoefening gericht zijn. Men weet echter dat de normenbestemmingsleer geen ingang heeft gevonden in ons recht, en dat het Hof van Cassatie, ter zake van art. 54 WHP, uitdrukkelijk heeft beslist dat, als criterium om uit te maken of diegene die het voorschrift miskent een economisch voordeel krijgt, de strekking van dit voorschrift niet mag worden aangewend⁵⁶. Het is dus onverschillig of de overtreding al dan niet «iets met de handel te maken» heeft; wel moet schade aan de beroepsbelangen aanwezig zijn. Onder de wetten die duidelijk wél iets met de handel te maken hebben, vindt men o.m. de mededingingsregelen (wet van 27 mei 1960 over het misbruik van economische machtspositie, en de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag), waarvan de overtreding bijna op evidente wijze als een geval van onwettige mededinging wordt beschouwd⁵⁷. Welnu, zal het niet zelden voorkomen dat deze mededingingsregelen juist worden toegepast omdat de meerderheid van de ondernemingen van een bepaalde sector, zo niet alle, overeenkomstig hun handelsgebruiken, mededingingsbepkende handelingen hebben gesteld.

De overtreding wordt dus strijdig geacht met de eerlijke handelsgebruiken, niet omdat het in de betrokken handelskringen (noch zelfs in de handel in het algemeen) onbehoorlijk wordt geacht de betrokken norm te schenden, maar omdat de gemeenschap der marktdeelnemers geacht wordt er belang bij te hebben dat de normale mededingingsvoorwaarden niet worden verstoord. Aan de norm «eerlijke handelsgebruiken» wordt dus een autonome betekenis gegeven, die opgelegd wordt aan het handelsleven,

die niet voorkomen in opsomming van art. 55 WHP. Aan art. 54 WHP komt nochtans, steeds volgens het Hof van Cassatie, algemene draagwijdte toe, in het kader van de aansprakelijkheidsvordering wegens daden van onrechtmatige mededinging die schade hebben veroorzaakt (Cass., 27 mei 1977, *Pas.*, 1977, I, 994).

⁵⁵ STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 89, nr. 97.

⁵⁶ Cass., 2 mei 1985, *T.B.H.*, 1985, 631, noot I.V.

⁵⁷ STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 95, nr. 103; DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 629, nr. 1259, 632, nr. 1262, 637, nr. 1270. Wat betreft de wet van 27 mei 1960, komt het de rechterlijke macht niet toe een misbruik van economische machtspositie vast te stellen in de zin van de wet. De omweg wordt dan ook gemaakt, met een vrij gelijksoortig resultaat: de daad die in feite strijdig is met de wet van 27 mei 1960 en die, «op zichzelf beschouwd», een daad is van onrechtmatige mededinging, valt onder het toepassingsgebied van art. 54 WHP, en kan beteugeld worden door de vordering tot staken. Dit wordt vrij moeilijk wanneer het gaat om een daad (bv. een verkoopweigering) die op zichzelf neutraal is, doch onrechtmatig wordt omdat zij, uitgaande van een onderneming in machtspositie, de marktstructuur aantast (zie B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, «Actualiteit van de toepassing van de wet van 27 mei 1960», *T.B.H.*, 1986, 3, inz. 38 e.v.).

⁵⁰ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 528; GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf*, II, nr. 616.

⁵¹ EVRARD en VAN INNIS, «Chronique», *J.T.*, 1978, 37, nr. 67; EVRARD, «Chronique», *J.T.*, 1985, 189, nr. 59.

⁵² DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 529, nr. 1098; STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 63, nr. 70.

⁵³ VAN DEN BERGH, R., «Beroepsdeontologieën en eerlijke handelsgebruiken: geen synoniemen», *R.W.*, 1983-84, 546.

⁵⁴ Over deze problematiek in het algemeen: STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 87 e.v., nrs. 96 e.v.; EVRARD, «Chronique», *J.T.*, 1985, 193, nr. 84; DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 603 e.v., nrs. 1209 e.v. en 649 e.v., nrs. 1285 e.v. Krachtens het cassatiearrest van 4 juni 1976 (*Pas.*, 1976, I, 1081), is de stakingsrechter onbevoegd om op grond van art. 54 WHP op te treden tegen de miskenning van bepalingen van de Wet op de Handelspraktijken

zonder dat deze norm noodzakelijk samenvalt met een handelspraktijk, noch met de normale gedraging van een bepaald beroepsmilieu. De inhoud van het begrip wordt door de rechter bepaald⁵⁸ — niet door de handelskringen — maar aan de hand van de rechtsnorm neergelegd in art. 54 WHP.

Geleidelijk aan hebben rechtspraak en rechtsleer — en dit sedert de periode vóór het invoeren van het K.B. nr. 55 van 23 december 1934 — aan de «eerlijke gebruiken» een concrete inhoud gegeven, zodat een reeks typegevallen werden opgebouwd van handelingen die quasi «per se» als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken worden beschouwd⁵⁹. Deze toepassingscategorieën van onrechtmatige mededinging zijn vooral:

- het stichten van verwarring (handelsnaam, producten, verpakking, slogans, reclame-materiaal),
- het slaafs nabootsen en de parasitaire mededinging,
- het lokvogelprocédé,
- het afwerven van personeel en cliënteel,
- de slechtmaking, de behindering, de misleiding,
- de wetsovertredingen opgesomd in art. 54bis WHP.

Sommige, aldus gesystematiseerde daden, zijn duidelijk afgelijnd: de voorzitter kan volstaan, voor zover hij de feiten bewezen acht, met de strijdigheid met de eerlijke handelsgebruiken vast te stellen. Voor andere categorieën zijn jurisprudentiële regelen gedistilleerd, krachtens welke handelingen — op zichzelf neutraal — pas als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken worden beschouwd «onder omstandigheden» omdat zij begeleid worden door andere kennelijk onbehoorlijke handelingen, of nog omdat een intentioneel element (oogmerk om te schaden) aangetoond wordt. Aldus is het afwerven van personeel slechts ongeoorloofd wanneer het gebeurt met de bedoeling de onderneming van de vroegere werkgever te benadelen, of nog gepaard gaat met het afhandig maken van cliënteel, verraden van fabrieksgeheimen of verwarringsrisico⁶⁰. Zo ook is een individuele leveringsweigering in beginsel pas in strijd met art. 54 WHP, wanneer een onrechtmatig doel wordt nagestreefd (de wil een concurrent uit de markt te verdringen), of nog wanneer deze houding de uitvoering of het gevolg is van een verboden mededingingsbeperkende afspraak of een misbruik van machtspositie uitmaakt⁶¹. De kopie is vrij, op voorwaarde echter dat zij niet gepaard gaat met verwarringstichting en niet tot parasitaire concurrentie leidt⁶².

In bepaalde domeinen is de rechtspraak uiteenlopend en kunnen opvattingen over het al dan niet strijdig zijn met de handelsgebruiken sterk verschillen naar gelang van plaats en tijd. Dit is echter onvermijdelijk, telkens wanneer de

rechters niet alleen geconfronteerd worden met de appreciatie van feitelijke elementen, maar deze feiten bovendien dienen te toetsen aan een rechtsnorm met onbepaalde inhoud.

Men kan niettemin stellen dat de naleving van de eerlijke handelsgebruiken werd verheven tot een specifieke wettelijke norm, doch met (relatief) onbepaalde inhoud. De norm is specifiek omdat zij geldt ter zake van de handel, doch relatief onbepaald omdat, in dit kader, de inhoud nog ruimte laat voor de appreciatie van de rechter.

2) De fout en de subjectieve schuld

Indien men de categorieën van het gemene recht van de quasi-delictuele aansprakelijkheid wenst door te trekken, dient men zich thans af te vragen wanneer de fout bestaat.

Op deze vraag blijkt het antwoord ontwijkend en vervalt men in kringredeneringen: het verrichten van handelingen strijdig met de eerlijke handelsgebruiken is verboden, omdat het foutief is de eerlijke handelsgebruiken niet na te leven; anderzijds kan men moeilijk de fout anders definiëren dan het feit van de, al dan niet intentionele, overtreding van de eerlijke handelsgebruiken als gedragsnorm neergelegd in artikel 54 WHP, d.i. mits de beroepsbelangen worden geschaad.

Schricker, Francq en Wunderlich, die deze vraag grondig hebben behandeld⁶³ en voorstanders zijn van het behoud van de toepassingscategorieën van de artt. 1382-1383 B.W. in het kader van de onrechtmatige mededinging, slagen er niet in aan het foutvereiste een concrete betekenis te geven.

Er is opgemerkt⁶⁴ dat het bestaan van typegevallen leidt tot een samentrekking van de beoordeling van fout en schade, en bovendien van het oorzakelijk verband. Deze elementen worden «niet apart besproken». Dit is duidelijk strijdig met het algemeen beginsel van het recht van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, volgens hetwelk het bestaan van de schade nooit het bewijs vormt van de fout.

In de rechtspraak wordt dan ook weinig aandacht geschonken aan het foutvereiste, tenzij wanneer in herinnering moet worden gebracht dat, analoog met art. 1383 B.W., de overtreding van de eerlijke handelsgebruiken is, zelfs in afwezigheid van kwade trouw of van oogmerk om te schaden⁶⁵, of nog wanneer, tot het bepalen van de onbehoorlijkheid, een intentioneel element aanwezig moet zijn⁶⁶.

Slechts bij uitzondering zal de voorafgaande of gelijktijdige vaststelling van een foutieve gedraging (in de gebruikelijke betekenis van de zorgvuldigheidsnorm) bepalend zijn voor het bestaan van een daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. Merkwaardig is in dit verband het arrest van

⁵⁸ DE VROEDE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1983, 943, nr. 229.

⁵⁹ GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf*, II, vanaf p. 712; DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 709, nr. 635; STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 67 e.v., nr. 75; DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, nrs. 1113 e.v.; SWENNEN, noot onder Antwerpen, 6 september 1979, *R.W.*, 1979-80, 1375, 1381.

⁶⁰ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 573, nr. 1158.

⁶¹ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 632 e.v., nr. 1262; STUYCK en VAN DE WALLE DE GHELCKE, «Weigering van verkoop en van levering», *T.B.H.*, 1984, 327.

⁶² DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 564, nr. 1146.

⁶³ *Op. cit.*, o.m. nrs. 111 e.v.

⁶⁴ VAN DEN BERGH en DIRIX, *op. cit.*, 271, nr. 444; SWENNEN, «Fout parkeren en de eerlijke handelsgebruiken», *B.R.H.*, 1980, 89.

⁶⁵ DE VROEDE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1983, 946, nr. 237; EVRARD en VAN INNIS, «Chronique», *J.T.*, 1978, 37, nr. 70; EVRARD, «Chronique», *J.T.*, 1985, 189, nr. 62.

⁶⁶ SCHRICKER, FRANCO en WUNDERLICH, *op. cit.*, 169, nr. 116, die nochtans toegeven dat het criterium niet noodzakelijk het subjectieve schuldvereiste is, doch de objectieve daad kan zijn.

het Hof van Beroep te Brussel van 20 januari 1981, dat beschouwt dat een verkoper van nagemaakte produkten (in casu, piratengeluidsdragers) een daad stelt strijdig met de eerlijke handelsgebruiken, niet omdat hij deze produkten verkoopt, door te kopen op de parallelmarkt (hetgeen hem als dusdanig niet verweten werd), doch omdat hij zichzelf in een positie heeft geplaatst waarbij hij de ware produkten van de nagemaakte niet meer kon onderscheiden; het is wegens deze onvoorzichtige, en dus foutieve, gedraging — die de miskennis van de nevenrechten heeft veroorzaakt — dat de verkoop als daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken kon worden aangemerkt⁶⁷.

In de regel speelt het schuldvereiste echter geen rol⁶⁸. Samen met Gotzen moet aangenomen worden dat de rechtstak van de onrechtmatige mededinging in de eerste plaats te zien is als een «verzameling van objectieve spelregels»⁶⁹.

c) De schade en het oorzakelijk verband

Onder het oude stelsel moest de schade worden aangetoond, hoewel bepaalde rechtspraak het bestaan van dreigende schade als voldoende achtte⁷⁰. De schade werd bepaald aan de hand van concrete, kwantitatieve elementen, zoals het terugvallen van het zakencijfer, het verlies van cliënteel⁷¹.

De toepassing van het K.B. nr. 55 veronderstelt, volgens artikel 1, een aantasting van concurrenten in hun cliënteel of in hun concurrentievermogen.

Uitgaande van de stelling dat elke concurrentiedaad uiteraard schadeverwekkend is, stelt Gotzen voor de schade te bepalen aan de hand van de vermindering der ruilkansen en de supplementaire inspanningen die de concurrent moet leveren tot behoud van zijn vermogen⁷². Maar eens te meer moet vastgesteld worden dat de rechtspraak zich vergenoegt met het hanteren van het begrip «aantasting van het concurrentievermogen», zonder zich druk te maken over het schadegegeven.

Thans wordt, krachtens art. 54 WHP, de schade bepaald

⁶⁷ B.R.H., 1981, 405; Voorziening in cassatie verworpen: Cass., 28 januari 1982, B.R.H., 1982, 240. Over deze zaak zie VEROUGSTRATE, I., in *Liber Amicorum J. Mertens de Wilmars*, 399. Zie ook Kh. Kortrijk, 28 juni 1973, B.R.H., 1976, noot VAN INNIS, waar ter zake van schadevergoeding wegens verboden handelspubliciteit, de persoonlijke fout en aansprakelijkheid van de drukker wordt aangenomen.

⁶⁸ Zie echter Antwerpen, 30 juni 1981, R.W., 1981-82, 2098, met (afkeurende) noot DE VROEDE. Het hof overweegt dat «de beoordeling van een met de eerlijke handelspraktijken strijdige daad (...) een groot aantal objectieve en subjectieve gegevens en omstandigheden totaliseert, in een globale appreciatie», een redenering die volledig overeenstemt met de werkwijze van de rechter die, in het kader van een gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering wegens overtreding van een wettelijke norm met onbepaalde inhoud, vooraf de draagwijdte van de norm bepaalt.

⁶⁹ GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf*, II, 583-584, nr. 1292.

⁷⁰ R.P.D.B., v° «Concurrence illicite», nr. 61.

⁷¹ SCHRICKER, FRANCQ en WUNDERLICH, *op. cit.*, 262, nr. 108.

⁷² *Vrijheid van beroep en bedrijf*, II, nrs. 684 e.v.

door het veel ruimer begrip van aantasting van de beroepsbelangen, daarbij rekening houdend met het wegvallen van het vereiste van de rechtstreekse concurrentiële relatie⁷³. Met beroepsbelangen wordt bedoeld «datgene dat nodig is om in normale voorwaarden een economische activiteit te kunnen ontwikkelen»⁷⁴. De aantasting of de krenking is aanwezig wanneer door een gedraging het concurrentiepotentieel van een economisch agent onrechtmatig aangetast wordt. Het begrip is dus als ruim als het maar kan⁷⁵.

Ook hier dient gewezen te worden op het fenomeen van de «samentrekking» tussen de met de handelsgebruiken strijdige daad en het schadeverwekkend karakter ervan. Gezien het wegvallen van de concurrentiële vereiste, is schending van de eerlijke gebruiken — die juist de bescherming van de beroepsbelangen van de handelaars in hun geheel op het oog hebben — krenking van beroepsbelangen. Schade is er dus «uit de aard van de zaak»⁷⁶. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de rechtspraak nog minder dan voorheen aandacht schenkt aan de schadevereiste⁷⁷.

Het begrip «beroepsbelangen» speelt echter een beperkende rol. Enerzijds, zal het ter zake van «onwettige mededinging» het criterium zijn dat zal toelaten te beslissen of de inbreuk op een wettelijke bepaling onder het verbod van art. 54 WHP zal vallen⁷⁸. Anderzijds kan het begrip nuttig zijn bij de beoordeling van vorderingen die zich voordoen tussen handelaren die geen gelijksoortige activiteiten ontwikkelen en zich niet tot een zelfde cliënteel richten⁷⁹.

Deze «samentrekking» en het ruim begrip «schade aan de beroepsbelangen» volstaan om aan te tonen dat aan het causaliteitsverband evenmin veel aandacht wordt geschonken⁸⁰. Uit de tekst zelf van art. 54 WHP blijkt dat er een band dient te bestaan tussen de handeling en de krenking van de beroepsbelangen, doch de aard van de causaliteit en de rol van dit toepassingsvereiste blijven onzeker. De schade komt dus neer op een andere omschrijving van het beschermde belang⁸¹.

d) Het quasi-delictueel model achterhaald?

Uit dit onderzoek blijkt m.i. overtuigend dat het vasthouden aan de begrippen van de gemeenrechtelijke burgerlijke aansprakelijkheid ter zake van onrechtmatige mededinging een vrij theoretische zaak wordt, en wellicht noch nuttig noch relevant is voor de toepassing van de eerlijke handelsgebruiken.

⁷³ SCHRICKER, FRANCQ en WUNDERLICH, *op. cit.*, 142, nr. 99.a; 164, nr. 110; STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 64, nr. 71.

⁷⁴ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 532, nr. 1105.

⁷⁵ DE CALUWE, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 700, nr. 624.

⁷⁶ SWENNEN, «Fout parkeren», S.E.W., 1980, 90.

⁷⁷ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 532, nr. 1105.

⁷⁸ STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 65, nr. 71.

⁷⁹ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 538, nr. 1109.

⁸⁰ GOTZEN ontwikkelt in dit verband de leer van de eenheid van de concurrentiële bedrijvigheid en van de «besmettingstheorie», die uiteraard niet noodzakelijk zou zijn in het geval het gemeenrechtelijk oorzakelijkheidsverband tussen de geïndividualiseerde fout en de aangetoonde schade mogelijk zou zijn in de rechtstak van de onrechtmatige mededinging (*Vrijheid van beroep en bedrijf*, II, 89 e.v., nrs. 688 e.v.).

⁸¹ SCHRICKER, FRANCQ en WUNDERLICH, *op. cit.*, 174, nr. 119.a.

De dwingende gedragsnorm neergelegd in art. 54 WHP is niet louter een bijzondere toepassing van het algemeen zorgvuldigheidsbegrip ter zake van de handel. Het is uitgegroeid — precies door de ontoereikendheid van de zorgvuldigheidsregel — tot een autonome rechtsnorm, weliswaar met (relatief) onbepaalde inhoud.

De pogingen om de klassieke begrippen fout, schuld, schade en oorzakelijk verband toe te passen op de systematiek van art. 54 WHP leiden tot de nuchtere vaststelling dat de fout, in de meeste gevallen, gelijkstaat met de overtreding van een objectieve wettelijke norm, het schuldvereiste afwezig is, het schadevereiste samenvalt met het beschermd belang en samengetrokken wordt met de fout, en ten slotte het oorzakelijk verband niet op zelfstandige wijze wordt ontleed.

Men kan dus stellen dat het quasi-delictueel model, dat oorspronkelijk ten grondslag lag aan de bescherming tegen onrechtmatige mededinging, thans ten hoogste als referentie voor de rechtsredenering (een daad, een beschermd belang, een band tussen deze twee elementen en herstelmogelijkheid in geval van krenking van dit belang) kan worden aangewend, maar op zichzelf geen daadwerkelijke rol meer speelt in deze rechtstak.

§ 3. De vordering tot staking: herstel van schade?

Onder het oude recht bestond reeds de mogelijkheid om de daad van oneerlijke concurrentie niet alleen te sanctioneren door het toekennen van schadevergoeding, maar «in natura», d.w.z. door het bevel van positieve maatregelen, om het herstel te krijgen, minstens om verdere schade te vermijden⁸².

Niettemin was de grote innovatie van de vordering tot ophouden, ingevoerd door het K.B. nr. 55 van 23 december 1934, overgenomen door art. 55 WHP, noodzakelijk om een efficiënt optreden tegen oneerlijke handelsdaden te verzekeren. De vordering tot staken heeft een duidelijk preventieve bedoeling.

De schade moet niet bewezen worden: voldoende is dat de mogelijkheid tot schade (in werkelijkheid, van aantasting van een beroepsbelang) wordt aangetoond⁸³.

Er is reeds gewezen op het feit dat de vordering tot staken afwijkt van het gemene recht van de schadeloosstelling wegens onrechtmatige daad, omdat de stakingsrechter uiteraard geen beoordelingsmacht heeft en geen andere vorm van herstel zou kunnen opleggen⁸⁴.

De vordering tot staken is, in strijd met hetgeen door

sommigen werd voorspeld⁸⁵, het eigenlijk instrument van de marktregeling betreffende rechtmatige mededinging geworden⁸⁶, des te meer sinds de naleving van het bevel door dwangsommen kan gesanctioneerd worden.

In deze mate is de rechtsgrond van het stakingsbevel als vorm van schadeloosstelling ook sterk op de achtergrond geraakt⁸⁷.

§ 4. De gemeenrechtelijke vordering

De gemeenrechtelijke vordering blijft als actiemogelijkheid tegen handelingen strijdig met de eerlijke handelspraktijken onbeperkt bestaan⁸⁸.

Wanneer deze vordering gebaseerd is op art. 1382 B.W., dient zij te beantwoorden aan de toepassingsvereisten van de aansprakelijkheidsvordering wegens onrechtmatige daad, meer bepaald wat het bewijs van schade betreft⁸⁹.

De vordering kan ook gebaseerd zijn op art. 54 WHP, hetzij volledig zelfstandig, hetzij voorafgegaan door of gepaard gaande met een vordering tot staken. In dit geval zal de rechtbank gebonden zijn door het rechterlijk bevel tot staken, wanneer dit in kracht van gewijsde is gegaan⁹⁰.

Ziet men, zoals hierboven voorgesteld, in art. 54 WHP een specifieke wettelijke norm met onbepaalde inhoud, dan is de grondslag voor de aansprakelijkheid niet de schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht, doch de schending van deze wettelijke norm. De omweg langs de artt. 1382-1383 B.W. is dan overbodig.

Te oordelen naar de relatief schaarse gepubliceerde rechtspraak⁹¹, blijkt de gemeenrechtelijke vordering ofwel zelden ingesteld te worden (omdat het doel meestal bereikt wordt via het stakingsbevel), ofwel althans weinig specifieke betwistingen op te leveren.

De gemeenrechtelijke vordering kan strekken tot schadevergoeding, doch de rechtbanken blijven bevoegd om positieve maatregelen, als vorm van herstel, in specifieke vorm te bevelen⁹². Voor zover de voorwaarde van het spoedeisend karakter vervuld is, blijft het gewoon kort geding als actiemogelijkheid eveneens bestaan⁹³.

De onverminderde bevoegdheid van de gewone rechter om een bevel tot ophouden te geven als vorm van schadeloosstelling, leidt tot een merkwaardig resultaat, wanneer

⁸⁵ SCHRICKER, FRANCQ en WUNDERLICH, *op. cit.*, 187, nr. 127.

⁸⁶ VEROUGSTRAETE, «Bevoegdheid van de voorzitter...», *R. W.*, 1978-79, 817.

⁸⁷ GOTZEN, «Concurrentievereiste», *R. W.*, 1979-80, 2552.

⁸⁸ SCHRICKER, FRANCQ en WUNDERLICH, *op. cit.*, 218 e.v., nrs. 149 e.v.; DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 879 e.v., nrs. 816 e.v.; STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 52, nr. 57.

⁸⁹ DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, 881, nr. 818; VAN GERVEN, *Leerboek*, 282-283.

⁹⁰ STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 53, nr. 58.

⁹¹ Zie Antwerpen, 26 juni 1975, *B.R.H.*, 1975, 473.

⁹² EVRARD, «Chronique», *J.T.*, 1985, 43, nr. 97; noot DE BACKEKER onder Antwerpen, 26 juni 1975, *B.R.H.*, 1975, 479; VAN RYN en HEENEN, *Principes*, I, 2e uitg., 233, nr. 224. Anders: DE CALUWÉ, DELCORDE en LEURQUIN, *op. cit.*, II, nr. 822.

⁹³ STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 54, nr. 59; DUPLAT, J.L., «Tussenkomen van de voorzitter van de rechtbank van koophandel in handelszaken, meer in het bijzonder in kort geding», *T.P.R.*, 1986, 653, inz. 655.

⁸² *R.P.D.B.*, v° «Concurrence illicite», nrs. 179 e.v.; VAN RYN en HEENEN, *Principes*, I, 2e uitg., 232, nr. 224; SCHRICKER, FRANCQ en WUNDERLICH, 228, nr. 160.

⁸³ DE VROEDE en BALLON, *op. cit.*, 531, nr. 1103; eveneens 681, nr. 1342; STUYCK en VAN GERVEN, *op. cit.*, 23, nr. 24. GOTZEN brengt het begrip tot het uiterste door te stellen dat ook reeds zou kunnen worden opgetreden tegen elke handeling, losstaande van elke nagestreefde mededingingsdaad, zodra ze een voorbereiding tot zulk een daad uitmaakt: «Preventief aanwenden van de vordering tot staken», *R. W.*, 1976-77, 1796; «Concurrentievereiste...», *R. W.*, 1979-80, 2568.

⁸⁴ DALCQ, *Les Nouvelles*, 193, nr. 422; RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 216 e.v., nrs. 289 e.v.

de maatregel zou worden bevolen als gevolg van een daad van onrechtmatige mededinging bestaande in de schending van een bepaling van de Wet op de Handelspraktijken, die niet in de opsomming van art. 55 WHP voorkomt. Wat krachtens het cassatiearrest van 4 juni 1976 aan de stakingsrechter verboden wordt, zou de gewone rechter, bij toepassing van het cassatiearrest van 27 mei 1977, toegelaten zijn.

III. TER DISCUSSIE

De bedoeling van een preadvies is de discussie in te leiden, en niet besluiten te trekken.

Als slotbeschouwing zal derhalve een vaststelling volstaan.

Uit het voorgaand kort onderzoek blijkt dat de traditionele stelling, volgens welke de daden strijdig met de eerlijke handelsgebruiken een bijzonder toepassingsgeval zijn van het begrip onrechtmatige daad, zodat zij ook beoordeeld dienen te worden aan de hand van de toepassingsvereisten van de artikelen 1382 en 1383 B.W., niet meer met de werkelijkheid overeenkomt.

De leer van de onrechtmatige daad ligt, weliswaar, aan de oorsprong van de leer van de onrechtmatige mededinging. De speciale wetgeving over de handelspraktijken heeft, sedert het K.B. nr. 55 van 23 december 1934, en nog duidelijker bij de wet van 14 juli 1971, deze taak overgenomen. Op grond van de objectieve norm van de eerlijke handelsgebruiken, is de leer van de onrechtmatige mededinging uitgegroeid boven de begrippen van de quasi-delictuele aansprakelijkheid.

Bij nader toezien blijkt inderdaad dat het tot elke prijs willen toepassen van de begrippen en van de mechanismen van de quasi-delictuele aansprakelijkheid ter zake van de onrechtmatige mededinging, leidt tot artificiële omschrijvingen, en dat deze oefening nauwelijks tot enig nuttig resultaat zal leiden.

Na deze vaststelling wordt voorgesteld de rechtsnorm waarbij verboden wordt een daad te stellen die strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken, waarbij schade wordt toegebracht aan de beroepsbelangen van een andere handelaar, niet langer te beschouwen als een bijzondere toepassing van het algemeen zorgvuldigheidsbeginsel ter zake van de handel, doch eerder als een specifieke wettelijke norm met relatief onbepaalde inhoud⁹⁴. Deze rechtsnorm beantwoordt aan haar eigen toepassingsvereisten. De overtreding van de norm is onrechtmatig, zonder dat een teruggrijpen op de criteria van de zorgvuldigheidsverplichting nog noodzakelijk is. De omvang en de draagwijdte van de verplichting zal door de rechter bepaald worden in het kader van zijn normstellende functie, die, naar gelang van de aard van de daad, beperkt of relatief ruim kan zijn.

De naleving van de rechtsnorm wordt verzekerd door een specifieke sanctie, zonder uitsluiting van de gemeenrechtelijke schadeloosstelling.

B. VAN DE WALLE DE GHELCKE

⁹⁴ Specifieke normen van handelsrecht worden vermeld door VANDENBERGHE en VAN QUICKENBORNE, «Overzicht», *T.P.R.*, 1987, 1272, nr. 7.

AANSPRAKELIJKHEID VOOR MILIEUSCHADE

I. INLEIDING

1. Wie de aansprakelijkheid voor milieuschade bestudeerde, beoefende tot voor kort een eenzame hobby. Nu bevindt hij zich in de drukte van de ochtendspits.

Voor een deel is de interesse voor milieuschade in West-Europa geïnspireerd door gruwelverhalen over de — mede door verontreinigingsgevallen veroorzaakte — crisis in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht in de V.S.A. Dat de belangstelling voor de vergoeding van milieuschade in dit laatste land groot is, blijkt reeds uit de meer dan 130 titels van *law review*-artikels, gepubliceerd tussen 1984 en 1988, welke de Lexis-databank spuit bij het trefwoord «compensation for environmental damage».

Ook in Nederland bloeide er in de laatste jaren een omvangrijke literatuur op over milieuschade¹ en dit op de voedingsbodem van vervuild rivierslib en oude gifstorten. De meest typerende verschijningsvorm ervan is het, sinds begin 1987 gepubliceerde, «Tijdschrift voor milieu-aansprakelijkheid — Environmental Liability Law quarterly»². Aan de Erasmusuniversiteit te Rotterdam werd een Instituut voor Milieuschade opgericht.

In ons land zijn de zaken nog relatief rustig wat het aantal en het belang van gerechtelijke procedures m.b.t. milieuschade betreft. Dit blijft echter niet lang meer zo. In elk geval doet de problematiek van de vergoeding van milieuschade ook bij ons talrijke moeilijke vragen oprijzen, in alle onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht.

In dit preadvies vestig ik enkel de aandacht op een aantal controversiële recente ontwikkelingen. Voor een vollediger overzicht verwijs ik naar vroegere publikaties³.

II. MILIEUSCHADE

2. De schade welke veroorzaakt wordt door de verontreiniging en andere verstoringen van het leefmilieu is zeer uiteenlopend.

¹ Zie o.m. KOEMAN, N.S.J., *Aansprakelijkheden in het milieurecht*, Kluwer, 1986; Vereniging voor milieurecht, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade*, 1987 en de artikelen gepubliceerd in het *Tijdschrift voor milieu-aansprakelijkheid*.

² Uitgever is Koninklijke Vermande B.V.

³ Zie o.m. «Aansprakelijkheid en milieubescherming», *R.W.*, 1973-74, 1121; *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Verzameling van het Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking, nr. 22, Brussel, Bruylant, 1979, hierna geciteerd als «Het aansprakelijkheidsrecht»; *Preventie, toerekening en herstel van schade door milieuverontreiniging*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 33, Kluwer, Deventer, 1983, hierna geciteerd als «Preventie».

Er is individuele gezondheidsschade, schade aan onroerende en roerende goederen, hinder, inkomensderving, morele schade. Ook de goederen van het openbaar domein worden aangetast. De staat doet belangrijke uitgaven om de milieuverstoring te voorkomen en onderneemt dure saneringswerken om de gevolgen van accidentele en andere lozingen op te ruimen of te beperken. Er is ook schade aan niet toegeëigende natuurlijke goederen zoals de vissen in de zee en de wilde dieren. Er is de verstoring van het ecologisch evenwicht van de aarde, o.m. door de aantasting van de hele luchtkwaliteit, de beschadiging van de ozonlaag, de rooijing van de regenwouden.

Meerdere van deze vormen van milieuschade leveren problemen op voor het aansprakelijkheidsrecht. Ons recht besteedt immers hoofdzakelijk aandacht aan de bescherming van individuele vermogensbelangen. Het is slecht geschikt voor het herstel van niet economische of collectieve milieuschade.

3. Schade aan roerende of onroerende goederen is een klassiek toepassingsgebied van het aansprakelijkheidsrecht. Nieuw zijn de problemen die opgeleverd worden door schade aan bepaalde materiële goederen met een esthetische of ecologische waarde. Hoe moet de niet monetaire dimensie hiervan gewaardeerd worden?

In de Belgische rechtspraak rees het probleem o.m. bij schade aan bomen. Hoeveel is de honderdjarige eik in uw tuin waard? De waarde van het timmerhout? De prijs van een jonge boom in een boomkwekerij? In dit verband heeft de Dienst voor het Groenplan een formule uitgewerkt tot evaluatie van esthetische en patrimoniale schade aan bomen van het openbaar domein. Hierbij wordt o.m. rekening gehouden met dikte, de boomsoort, standplaats, conditie. Deze formule vindt in de laatste jaren ook toepassing in de rechtspraak betreffende schade aan bomen van particulieren. In een vonnis van 25 juni 1987⁴ raamde de Vrederechter van Antwerpen de waarde van 150 jaar oude eikenbomen op grond van deze formule resp. op 254.702, 200.538 en 111.019 fr.

4. Uiteraard moet de schade persoonlijk zijn. Naar huidige recht bemoeilijkt dit vereiste aansprakelijkheidsvoorwaarden door milieuverenigingen ingesteld ter verdediging van hun statutaire doelstellingen. Een aantal wetsvoorstellen⁵ proberen te verhelpen aan deze problemen welke gewoonlijk gesitueerd worden op het vlak van de ontvanke-lijkheid van de vordering. Zij beogen de toegang van (be-

⁴ Niet gep., A.R., nr. 80.284.

⁵ Voor de tekst, zie *Vorderingsbevoegdheid voor Milieuverenigingen. Verslagboek van het colloquium gehouden te Brussel op 16 december 1986*, (H. Bocken, ed.), Belgische Vereniging voor Milieurecht, Story-Scientia, Brussel, 1988 (ter perse).

paalde) milieuverenigingen tot de rechtbanken te vergemakkelijken.

Naar onze mening is dit slechts een halve maatregel. Wil men bereiken dat algemene belangenacties ook ten gronde succes opleveren dan moet het vereiste van persoonlijke schade uit art. 1382 B.W. worden aangepast.

Naar mijn mening moet het vorderingsrecht van belangengroepen echter beperkt blijven tot vorderingen gericht op een verbod⁶ of een herstel in natura⁷. Het lijkt onwenselijk verenigingen toe te laten geldelijke vergoeding te vorderen bij aantasting van collectieve milieugoederen.

5. Bijzondere problemen rijzen er ook op voor de overheid die de kosten gemaakt ter voorkoming of bestrijding van de milieuverstoring langs privaatrechtelijke weg wil verhalen⁸.

Zeer belangrijk zijn de preventieve kosten die de overheid maakt om milieuverstoring te voorkomen of te kunnen bestrijden (bouw van zuiveringsinstallaties, aankoop van apparatuur, bezoldiging van een leger ambtenaren...). Hier biedt het aansprakelijkheidsrecht geen uitweg. Deze kosten zijn niet veroorzaakt door een bepaalde milieuverstorende activiteit. Wil men deze kosten financieren anders dan uit algemene belastinginkomsten dan moeten zij ten laste gelegd worden van een groep van potentiële vervuilers. De enige oplossing hiervoor lijkt te zijn gelegen in de oprichting van (investerings-)fondsen, gefinancierd door heffingen. In rechtsvergelijkend perspectief wordt meer en meer gebruik gemaakt van deze techniek⁹.

6. Anders ligt het met de uitgaven welke de overheid doet om de milieuschade te voorkomen of te beperken, nadat er zich een geval van verontreiniging heeft voorgedaan. Ook hier zijn grote financiële belangen mee gemoeid. De bestrijding van olielozingen op zee slurpt enorme bedragen op. Hetzelfde geldt voor de sanering van de vroegere stortplaatsen voor giftige afval. Ook kleinere ongevallen zoals het kantelen op een snelweg van een tankwagen met stookolie leiden snel tot aanzienlijke kosten.

De vergoeding van kosten van deze aard levert problemen op in het licht van de tot voor kort door het Hof van Cassatie gehuldigde theorie van het verbreken van het causale verband door een wettelijke of contractuele verplichting. Men weet immers hoe het Hof van Cassatie in een arrest van 28 april 1978¹⁰, bevestigd o.m. door het arrest

van 7 maart 1979¹¹, stelde dat het feit dat men een wettelijke verplichting vervult, het causaal verband verbreekt tussen de kosten welke hieraan verbonden zijn en de fout van een derde die de vervulling van de wettelijke verplichting uitlokte.

Deze rechtspraak beperkt in aanzienlijke mate de mogelijkheid van de overheid om de kosten van milieusaneringswerkzaamheden terug te vorderen. Meestal immers heeft de overheid niet alleen het recht maar ook de plicht om milieusaneringswerkzaamheden uit te voeren. Het probleem wordt geïllustreerd door het arrest van het Hof van Beroep te Bergen van 17 juni 1981¹². Een tankwagen met stookolie was gekanteld; een deel van de olie was in drinkwaterreservoirs terechtgekomen. Een aantal gemeenten en een waterdistributiemaatschappij vorderden terugbetaling van de opruimingskosten welke zij maakten. Hun vordering werd afgewezen: hun kosten vonden hun oorzaak in de vervulling van de wettelijke verplichting om in te staan voor de watervoorziening.

Sinds het begin van 1984 echter schijnt het Hof van Cassatie het roer om te gooien en de leer van het verbreken van het causaal verband door een wettelijke verplichting op te geven¹³. Een eerste beslissing in deze zin is het arrest van 4 maart 1984. Het betreft de vordering ingesteld door de eigenaar van een wagen tegen degene aan wie hij het voertuig had toevertrouwd en die door zijn fout een ongeval veroorzaakt had. De eigenaar vorderde vergoeding voor de verhoging van de verzekeringspremie die het gevolg was van de toepassing van de bonus-malus clause in de verzekeringspolis. De leer van het verbreken van het causale verband had moeten leiden tot het afwijzen van de vordering: de verhoging van de verzekeringspremie vond haar oorzaak in het verzekeringscontract. Het Hof van Cassatie oordeelde echter «dat de vaststelling dat de uitgave of prestatie een contractuele verplichting als rechtsgrond heeft, niet voldoende is om het oorzakelijk verband tussen een onrechtmatige daad van een derde en die uitgave of prestatie te ontkennen; dat het bestaan van een contractuele verplichting wel kan verhinderen dat schade in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ontstaat, inzonderheid wanneer, blijkens de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich heeft verbonden, zelfs als de omstandigheid op grond waarvan tot uitvoering van de bedongen uitgave of prestatie moet worden overgegaan, een gevolg is van de onrechtmatige daad».

Deze oplossing verdient ongetwijfeld de voorkeur. Er zijn ernstige, zowel rechtstheoretische als beleidsmatige, bezwaren tegen de leer van het verbreken van het causale verband. Dit alles betekent echter niet dat het Hof van Cassatie van oordeel is dat elke uitgave welke niet zou verricht zijn zonder andermans fout nu kan teruggevorderd worden van degene die de fout beging. Zoals gezegd, wil het Hof nu dat een selectie gemaakt wordt op het vlak van het scha-

⁶ Op 29 januari 1988 keurde de Nederlandse Ministerraad een voorontwerp van wet goed dat een verbodsactie toekent aan belangengroepen: «Een rechtspersoon met volledige bevoegdheid die in overeenstemming met zijn statuten belangen van anderen behartigt, kan, indien de bescherming van die belangen die rechtvaardigt, in rechte vorderen dat een gedraging onrechtmatig wordt verklaard of dat een onrechtmatige gedraging wordt verboden.»

⁷ Zie artt. 6 en 7 van het Wetsvoorstel inzake de collectieve bescherming van milieubelangen, ingediend door Volksvertegenwoordiger Van Velthoven, *Parl. St., Kamer*, 1984-85, 6 december 1984.

⁸ Zie algemeen, BOCKEN, H., «La réparation des dommages subis par les autorités publiques à l'occasion de travaux d'assainissement rendus nécessaires par des pollutions résultant d'accidents de transport», *Aménagement*, 1985, 30.

⁹ Zie BOCKEN, H., «Alternatives to liability and liability insurance for the compensation of pollution damages», *Tijdschrift voor milieuaansprakelijkheid*, 1987, 83 e.v.

¹⁰ R.W., 1978-79, 1695.

¹¹ R.W., 1978-79, 2664.

¹² R.G.A.R., 1983, 10572.

¹³ Zie uitvoeriger BOCKEN, H., «Het causale verband tussen misdrijf en schade. Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek». Te verschijnen in *T.B.B.R.*, 1988, nr. 2.

de-vereiste. De rechter moet nagaan of het de bedoeling van de wetgever of de partijen was dat degene die wettelijk of contractueel verplicht is bepaalde uitgaven te doen n.a.v. andermans fout, in elk geval ook de economische last ervan zou dragen. In het licht van de toepassing van het beginsel «de vervuiler betaalt», lijkt dit laatste niet het geval te zijn bij saneringswerken door de overheid uitgevoerd.

Een aantal bijzondere wetten¹⁴ bevestigt overigens uitdrukkelijk het verhaalsrecht van de overheid en ruimt het Walter Kay-probleem aldus uit de weg voor wat de kosten van milieusaneringswerkzaamheden betreft.

Zekere bepalingen hebben betrekking op situaties waar verweerder een wettelijke of reglementaire bepaling overtrad. Dit is het geval voor de art. 21, §2, c15, en art. 59 van het afvalstoffendecreet^{16 17}. Art. 16 van de wet op de giftige afval van 21 juli 1974 machtigt de gouverneur of de burgemeester ertoe afval dat werd achtergelaten te laten verwijderen op kosten van «de aansprakelijke persoon».

In andere gevallen gaat het om een bijzondere objectieve aansprakelijkheidsregel. Volgens art. 18 van de wet op de giftige afval kunnen de burgemeester of de gouverneur afval dat een dreigend gevaar oplevert laten wegvoeren. In dit geval vallen de kosten ten laste van diegene die in het bezit is van de afval. Deze laatste heeft niet noodzakelijk een fout begaan. Wellicht zou de overheid zich ook kunnen beroepen op art. 7 van de wet dat de producent van de afval aansprakelijk stelt voor alle schade, van welke aard ook, welke door de afval veroorzaakt wordt. Er is tenslotte ook art. 85 van de budgettaire wet van 24 december 1976. Indien de civiele bescherming of de brandweer krachtens een wettelijke verplichting saneringswerk moet uitvoeren, zijn zij verplicht de kosten ervan te verhalen op de eigenaar van de vervuulende produkten.

7. Niet vergoedbaar naar huidig Belgisch recht is de schade welke toegebracht wordt aan milieugoederen die niet individueel toegeëigend zijn en juridisch gezien tot de

«res nullius» of de «res communes» behoren¹⁸. Schade van deze aard komt frekwent voor. Door het Sandoz-incident bv. werd het visbestand in de Rijn zwaar aangetast. Gelijksortige schade treedt op na elke vervuiling van de zee door olie van enige omvang. Het herstel ervan doet twee soorten problemen oprijzen: wie kan haar als «eigen» schade inroepen; hoe wordt zij begroot?

Het antwoordt op de eerste vraag is, naar Belgisch recht, eenvoudig: niemand. In zekere landen ligt het echter anders en kan ook deze schade toegekend worden aan de vervuiler. In Frankrijk bv. kunnen milieuverenigingen zich burgerlijke partij stellen n.a.v. bepaalde overtredingen van de milieuwetgeving. In bepaalde gevallen wordt hun schadevergoeding toegekend voor ecologische schade¹⁹. In de U.S.A. kan de staat schadevergoeding vorderen op grond van de «public trust doctrine». Volgens deze leer heeft de overheid niet alleen de plicht te zorgen voor het milieu, maar kan zij ook vergoeding vorderen bij schade aan de natuurlijke rijkdommen waarvan zij het beheer heeft. In de loop van de laatste jaren heeft federale wetgeving de bevoegdheid van de overheid om schadevergoeding te vorderen bij aantasting van niet privaat toegeëigende natuurlijke rijkdommen uitdrukkelijk bevestigd en uitgebreid²⁰.

Bijzonder moeilijk is de vraag hoe de schade van deze aard hersteld wordt. Is herstel in natura steeds mogelijk en vereist? Hoe wordt het bedrag van de vergoeding bij equivalent bepaald? De nasleep van de schepsbreuk van de Zoe Colocotroni voor de kust van Puerto Rico illustreert het probleem²¹. Ecologisch waardevolle moerasgebieden waren bevuild. Planten- en dierenleven was ernstig aangetast. Krachtens de geldende wetgeving was de staat Puerto Rico bevoegd «to recover the total value of the damages to the environment». Verweerder hield voor dat de staat recht had op het verschil tussen de marktwaarde van de vervuilde gronden voor en deze na het ongeval. De eerste rechter verwierp deze redenering en stelde de vergoeding vast op basis van de theoretische vervangingswaarde van 0,06 dollar voor elk van de ongeveer 92 miljoen organismen welke in de verontreinigde zone waren vernield. Beide uitgangspunten zijn onaanvaardbaar. Meer bepaald is het niet realistisch de theoretische herstelkosten als uitgangspunt te nemen indien het herstel niet werkelijk kan worden gerealiseerd. Een meer gepaste benadering is te vinden in het protocol van 1984 bij de Conventie van 1969 Brussel in verband met de aansprakelijkheid voor verontreiniging van de zee door ruwe olie. Art. 2, § 3, van het protocol definieert «pollution damage» als «loss or damage caused outside the ship... provided that compensation for impairment of the environment other than loss of profit from such impairment shall be limited to costs of reasonable measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken»²².

¹⁴ Het wetsvoorstel Van Velthoven, geciteerd in noot 5, bepaalt in art. 16 in het algemeen: «Heeft de overheid, naar aanleiding van milieuverstoring ... redelijkerwijze kosten gemaakt ter bestrijding van deze milieuverstoring en haar gevolgen, dan kan de vordering tot vergoeding van deze kosten niet afgewezen worden op grond van het ontbreken van vergoedbare schade of van causaal verband tussen deze kosten...».

¹⁵ «De afvalstoffenmaatschappij kan ambtshalve de afvalstoffen van een onderneming verwijderen ingeval de onderneming, na behoorlijke ingebrekestelling en binnen de daarin gestelde termijn, heeft nagelaten de haar bij of krachtens dit decreet opgelegde verplichtingen na te komen. De ambtshalve verwijdering vindt plaats op kosten van de ingebreke blijvende onderneming...».

¹⁶ Degene die afvalstoffen achterlaat in strijd met de bepalingen van dit decreet, wordt door de rechtbank veroordeeld tot het verwijderen ervan binnen een door haar vastgestelde termijn.

§ 2. Onverminderd het bepaalde in § 1 kan de veroordeelde worden verplicht tot terugbetaling van de kosten voor het verwijderen door de gemeente of door de afvalstoffenmaatschappij.

¹⁷ Art. 13, § 1, 7° van het afvalstoffendecreet machtigt O.V.A.M. dringend noodzakelijke saneringswerken uit te voeren, maar bepaalt niets in verband met de toerekening van de kosten. Het gemene recht blijft dus van toepassing.

¹⁸ Iets anders is de economische schade die bv. door vissers geleden wordt.

¹⁹ Zie PRIEUR, M., «Le droit des associations de protection de l'environnement d'esther en justice. Rapport français», in *Vorderingsbevoegdheid van milieuverenigingen*, (noot 5).

²⁰ Zie BOCKEN, H., Preventie, p. 35 e.v.

²¹ Zie vorige noot.

²² Ook het art. 16 van het wetsvoorstel Van Velthoven gaat in deze zin. Zie noot 14.

8. Een laatste kenmerk van de milieuschade dat van belang is voor de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht is de potentieel catastrofale omvang ervan. Wij hanteren bijzonder gevaarlijke technologieën. Ongevallen met kerncentrales, olietankers, scheikundige stoffen kunnen evolueren tot echte *milieurampen*. Ook de kostprijs verbonden aan de sanering van de «black points» is enorm. De omvang van de schade is dan ook dusdanig dat zij dikwijls de financiële draagkracht van de aansprakelijke te boven gaat. In een aantal bijzondere aansprakelijkheidsregelen wordt het probleem het slachtoffer (en de verontreiniger) te beschermen tegen de catastrofale gevolgen van een schadegeval opgevangen door een aantal bijkomende financiële waarborgen te vereisen.

a) De meeste gebruikelijke techniek bestaat erin een aansprakelijkheidsverzekering (of andere vergelijkbare financiële waarborgen) als voorwaarde te stellen voor het uitvoeren van bepaalde activiteiten. Soortgelijke verzekering is verplichtend voorgeschreven in de wet van 22 juli 1985 op de aansprakelijkheid van de exploitant van een kerncentrale en in de wet van 20 juli 1976 houdende goedkeuring van het Verdrag van Brussel van 29 november 1969 in verband met de vervuiling van de zee door olie. Ook art. 6 van het uitvoeringsbesluit van 9 februari 1976 van de wet van 22 juli 1974 op de giftige afval voorziet in een verplichte verzekering maar niet ten laste van de objectief aansprakelijke producent: de verzekeringsplicht rust op de afvalverwerkingsbedrijven wier aansprakelijkheid gebaseerd blijft op het gemene recht.

De invoering van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering gaat meestal gepaard met bijkomende voorzieningen. De garanties die de verzekeringsplicht meebrengt, vallen immers weg indien de polis ongeldig is of beëindigd wordt vóór de activiteiten stopgezet zijn. Om deze reden worden bepalingen ingevoerd die de verzekeraar verhinderen de ongeldigheid van de polis jegens het slachtoffer in te roepen of die voorschrijven dat schorsing of verbreking ervan slechts uitwerking heeft binnen een bepaalde termijn nadat de met controle belaste besturen verwittigd werden. De positie van het slachtoffer wordt gewoonlijk ook verbeterd door de invoering van een rechtstreekse vordering. De verplichte verzekering kent echter tevens al de beperkingen die eigen zijn aan de verzekeringstechniek. Zo zal de eis dat er een verzekeraar risico moet zijn de draagwijdte ervan beperken t.a.v. residuele verontreiniging²³. Gaat het om een bewuste onwettige verontreiniging dan zal de uitsluiting wegens opzet spelen. Meestal trouwens eisen de polissen dat het schadegeval het gevolg is van een ongeval. Ook technische redenen beperken de bijdrage van de verzekeringstechniek. Wegens hun grote omvang en epidemisch karakter schrikken vervuiliingsrisico's de verzekeraars blijkbaar af. In sommige gevallen trouwens, steunen de milieuverzekeringen op een initiatief van de betrokken belangengroepen, eerder dan van de gewone verzekeraars.

b) Soms wordt de solvabiliteitswaarborg gezocht in waarborgfondsen²⁴ gefinancierd door de bij het risico betrokken belangengroepen. Deze fondsen ontkomen aan een aantal van de technische en juridische problemen welke de verzekering van milieuschade oproept.

Een waarborgfonds wordt opgericht door de Belgische wet op de giftige afval van 22 juli 1974. Het heeft tot taak tussen te komen indien de producent van de giftige afval zijn verplichtingen niet kan nakomen. Dit waarborgfonds²⁵ werd tot nu toe echter nog niet opgericht en zal het wellicht ook nooit meer worden.

Ook het Nationaal Waarborgfonds inzake kolenmijn-schade, opgericht door de wet van 12 juli 1939 verdient vermelding. Dit fonds staat bij onvermogen van de mijnconcessiehouder in voor de vergoeding van schade aan de bovengrond. Het bestaat uit twee deelfondsen. In fonds A worden bijdragen van de concessiehouders op eigen rekening gestort. Het is een systeem van «verplicht sparen». Fonds B is een eigenlijk gemeenschappelijk waarborgfonds dat kan aangesproken worden als de rekening van de concessiehouder bij fonds A ontoereikend is.

Merkwaardig en, in feite, van zeer gering belang, zijn de voorschottenfondsen, opgericht in het kader van de wet van 10 januari 1977 op de vergoeding van schade door het oppompen van grondwater en door de Vlaamse en Waalse decreten ter zake. Deze fondsen kennen de slachtoffers in afwachting van de gerechtelijke einduitspraak een naar billijkheid te bepalen voorschot toe wanneer uit een summier onderzoek blijkt dat er tussen de schade, de daling van het grondwater en de waterwinning een onderling verband is. Verliest eiser het geding dan vordert het fonds het voorschot geheel of gedeeltelijk terug.

III. FOUT-AANSPRAKELIJKHEID OF OBJECTIEVE AANSPRAKELIJKHEID

A. Fout-aansprakelijkheid

1. Het fout-criterium

9. Bij toepassing van het klassieke foutaansprakelijkheidsrecht zorgt de rechter niet alleen ervoor dat schade vergoed wordt. Hij speelt ook een belangrijke rol op het vlak van de maatschappelijke evaluatie van de technologie. Zijn eigen normstellende rol is des te groter indien hij zich baseert op de zorgvuldigheidsnorm. Stelt hij de onrechtmatigheid van bepaalde gedragingen vast op grond van hun strijdigheid met wettelijke of reglementaire voorschriften, dan beperkt hij zich ertoe de door de wetgever gemaakte evaluatie kracht bij te zetten. Ik beschrijf kort het belang van beide fout-criteria.

²³ Zie uitvoeriger PFENNIGSTORF, «Environment, damages and compensation», *American Bar Foundation Research Journal*, 1979, 430 e.v.; Het Verzekeringsinstituut Erasmus Universiteit Rotterdam, *Milieuverontreiniging en haar betekenis voor en in de particuliere verzekering*, 57 e.v.

²⁴ Over waarborgfondsen, zie uitvoeriger BOCKEN, H., o.c., noot 9.

²⁵ Zie BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 313. FONTAINE, M., «The Belgian Toxic Waste Law of 1974»; *AIDA Pollution Insurance Bulletin*, vol. 3, nr. 1, 8.

a) *De overtreding van wettelijke of reglementaire normen*

10. In tegenstelling met wat in andere landen het geval is, aanvaarden wij zonder twijfel dat een strafrechtelijk misdrijf of de overtreding van een administratieve bepaling meteen ook een burgerrechtelijke fout uitmaakt. Het belang van dit foutcriterium voor de vergoeding van milieuschade neemt toe nu ook de milieureglementering steeds in omvang toeneemt.

11. Soms zal de aansprakelijkheid voor milieuschade ook volgen uit de overtreding van bepalingen welke niet in het bijzonder werden uitgevaardigd met het oog op de bestrijding van de milieuverontreiniging.

Een goed voorbeeld vinden wij in het cassatie-arrest van 12 april 1983²⁶, dat betrekking heeft op art. 563, 3° Sw. Dit artikel bestraft daders van feitelikheden... «in het bijzonder zij die opzettelijk, doch zonder het oogmerk te beledigen, enig voorwerp op iemand werpen dat hem kan hinderen of bevuilden». Volgens dit artikel is strafbaar, aldus het Hof, «het opzettelijk verspreiden van rook over het erf van een geboor waardoor deze aangetast wordt».

Het Strafwetboek en het Veldwetboek bevatten een reeks gelijkaardige bepalingen²⁷ welke strafbaar stellen, het werpen van stenen of andere voorwerpen welke kunnen bevuilden of beschadigen. Er wordt een onderscheid gemaakt naargelang het doel waarnaar geworpen wordt, de bedoelingen van de werper en het resultaat. Ondanks hun lage strafbarm zijn deze bepalingen toch van potentieel belang. Nu het Hof van Cassatie het verspreiden van rook, o.i. terecht, kwalificeert als het werpen van stoffen die kunnen hinderen of bevuilden, laten zij op burgerrechtelijk vlak toe vele vormen van luchtverontreiniging als foutief te bestempelen, zonder dat een verder bewijs van een gebrek aan voorzorg vereist is.

12. Een bijzondere vermelding verdienen ook een aantal voorschriften welke de verplichting opleggen om de nodige maatregelen te treffen opdat gevaar en schade van een bepaalde soort zich niet zouden voordoen. Een geval van deze aard staat aan de orde in het cassatie-arrest van 6 december 1965²⁸. Een exploitatievergunning, afgeleverd in het kader van het A.R.A.B., legde de exploitant de verbintenis op «om geen stof te veroorzaken, de burens niet te hinderen». Het Hof van Cassatie interpreteerde deze clause als een resultaatverbintenis. Zodra het door soortgelijke bepaling bestreden soort schade veroorzaakt wordt is er dus een fout. Deze soort veiligheidsverbintenissen met het karakter van resultaatverbintenissen komen meer en meer voor in de milieuwetgeving²⁹. Zij maken een overgangsvorm uit tussen de fout-aansprakelijkheid en de objectieve aansprakelijkheid³⁰. Zodra er schade is, is er fout; toch gaat het niet om een objectieve aansprakelijkheid, want overmacht kan in de hier besproken gevallen bevrijdend werken.

²⁶ A.C., 1982-83, 952.

²⁷ Zie hierover BOCKEN, H., «Luchtverontreiniging en het arrest van 12 april 1983», *Leefmilieu*, 1984, 89-95 en 119-125.

²⁸ Cass., 6 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 450.

²⁹ Zie bv. de artt. 22 en 23 van het Algemeen Reglement op de giftige afval van 9 februari 1976 en art. 22 van het decreet betreffende de milieuvergunning van 28 juni 1985.

³⁰ Zie BOCKEN, H., «Van fout naar risico», *T.P.R.*, 1984, 336 e.v.

b) *De zorgvuldigheidsnorm*

13. Naast en boven wet en reglement staat de zorgvuldigheidsnorm volgens dewelke men redelijke voorzorgen moet nemen om schade aan andermans persoon en goederen te voorkomen.

De toepassing van de zorgvuldigheidsnorm op gevallen van milieuschade is uiteraard in ruime mate een kwestie van casuïstiek³¹. Toch spelen enkele steeds terugkerende beoordeelingselementen de hoofdrol.

14. Zo wordt veel belang gehecht aan de naleving van de regelen van het goed vakmanschap en de overeenstemming van een produktiewijze met de stand van de techniek.

Gaat men uit van dit criterium, dan kan een exploitatiemethode enkel als onzorgvuldig worden beschouwd indien er een technisch alternatief is voor de toegepaste technologie. Dit is echter slechts de benedengrens. De verwijzing naar de stand van de techniek laat de rechter nog een ruime beleidsvrijheid met betrekking tot de eisen welke hij in concreto stelt. Moet men gebruik maken van de meest vooruitstrevende techniek of van deze die tevens economisch haalbaar is voor een bepaalde bedrijfstak of, zwakker, voor een individueel bedrijf? Mag men genoeg nemen met het criterium van de gebruikelijke voorzorgen? Het antwoord dat de rechters op deze vragen geven is geenszins uniform; veelal wordt vermeden een duidelijk theoretisch criterium te formuleren³² en wordt het probleem voorgesteld als een loutere feitenkwestie³³. In de laatste jaren vallen een paar opmerkelijk strenge uitspraken te vermelden³⁴, naast meer tolerante³⁵. Ook blijkt de bewijslast dat de gebruikte exploitatiemethode niet aanvaardbaar is en dat technische alternatieven ervoor bestaan voor eiser in een aantal gevallen te zwaar³⁶.

15. Een exclusieve benadering van het probleem langs het criterium van de stand van de techniek is naar onze mening ontoereikend (dit is zeker het geval indien men het — ook theoretisch — te zwakke criterium van de gebruikelijke technologie hanteert). De logische consequentie ervan

³¹ Voor een uitvoerige beschrijving van de rechtspraak tot 1977, zie BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de versterking van het leefmilieu*, Brussel, Bruylant, 1978, 42 e.v.

³² Op dit vlak zou de rechter een steuntje van de wetgever overigens best kunnen gebruiken. In tegenstelling met wat het geval is in andere landen geeft de Belgische milieuwetgeving weinig of geen duidelijke uitspraken in verband met de afweging van gevaren voor gezondheid en milieu, welzijnswensen en economische gegevens.

³³ Zie bv. Antwerpen, 17 februari 1988, niet gep., A.R. 1087/78: «Overwegende dat ... de behoorlijkheidsnorm dient te worden getoetst aan de redelijke en normale zorgvuldigheid die de exploitant van een gelijkaardige nijverheid, in vergelijkbare omstandigheden in acht dient te nemen, rekening houdend met alle concrete gegevens, zoals de omvang van de exploitatie, haar vestigingsplaats en omgeving, het klimaat, de gebruikelijke regelen van de kunst en van de beroepstechniek». Volgens de beslissing van de eerste rechter daarentegen moest nagegaan worden of «alle technische mogelijke en economisch verantwoorde maatregelen getroffen waren om de schadelijke gevolgen van de exploitatie te vermijden of tot een minimum te beperken».

³⁴ Kh. Kortrijk, 31 maart 1978, niet gep., A.R., nr. 249/77; Kh. Antwerpen, nr. 249/77, niet gep.

³⁵ Zie bv. Antwerpen, 17 februari 1988, geciteerd in noot 32.

³⁶ Zie vorige noot.

is dat men alle handelingen aanvaardt die — technisch gezien — onvermijdelijk schade meebrengen.

Hoewel men traditioneel leert dat de vraag of iemand een fout beging of niet moet worden beoordeeld los van de vraag naar de aard en de omvang van de schade, blijkt de Belgische rechtspraak terecht³⁷ — minstens impliciet — rekening te houden met maatschappelijke risico's en voordelen verbonden aan bepaalde activiteiten.

Dit is o.m. het geval voor de rechtspraak die stelt dat een fout begaat hij die nalaat de nodige maatregelen te nemen om een gevaarlijke situatie te verhelpen of die niet reageert op het gevaar dat het gevolg is van een ongeval of een geval van overmacht. Dit criterium wordt toegepast in beslissingen waarbij een vervuiler aansprakelijk wordt gesteld voor zijn nalatigheid om mogelijke slachtoffers van zijn activiteiten te verwittigen van het gevaar dat zij lopen³⁸ en om hen te laten weten hoe zij zich desnoods hiertegen zouden kunnen beschermen.

Ook werd als een fout aangenomen de nalatigheid om wetenschappelijk onderzoek te verrichten teneinde de mogelijke gevaren op te sporen die bepaalde activiteiten kunnen meebrengen, evenals de middelen om schade te voorkomen³⁹.

In een aantal gevallen tenslotte, lijkt de aansprakelijkheid in ruime mate gebaseerd te worden op het feit dat het veroorzaken van vervuiling op zich maatschappelijk onaanvaardbaar is⁴⁰. In feite komt men aldus zeer dicht bij een objectieve aansprakelijkheid voor milieuschade.

16. Men ontkomt aan aansprakelijkheid voor eigen fout indien men een grond van rechtvaardiging kan invoeren.

In dit verband moet de noodtoestand vermeld worden. Dit is de bijzondere vorm van overmacht waarbij een onrechtmatige daad gerechtvaardigd wordt door de noodzaak een ernstig gevaar af te wenden voor zichzelf of voor derden. Soms roepen vervuilende bedrijven de economische noodzaak in. De kostprijs van de vervuiling zou hun economische mogelijkheden overschrijden; de vervuiling is volgens hen noodzakelijk om het voortbestaan van de industrie en de werkgelegenheid te beschermen. Tot kort werd dit argument meestal afgewezen⁴¹. In de laatste

tijd zijn er echter een aantal strafrechtelijke uitspraken⁴² waar de economische overmacht gemakkelijk aanvaard lijkt te worden.

2. Het laatste woord: rechter of bestuur?⁴³

17. Wanneer de rechter schadevergoeding toekent op grond van de zorgvuldigheidsnorm, spreekt hij zich — a posteriori — uit over de voorwaarden waaronder een bepaalde activiteit mocht uitgeoefend worden. Veelal zal echter ook de administratie zich hebben uitgesproken over dezelfde vraag en dit in het kader van een van de in aantal toenemende vergunningsstelsels. Wie heeft het laatste woord: de rechter of het bestuur?

18. Het A.R.A.B. zowel als het nieuwe milieuvergunningsdecreet stelt nadrukkelijk dat de vergunning de rechten van derden onverkort laat. Zij formuleren een algemene regel inzake de draagwijdte van de vergunningen voor de burgerlijke rechter welke, behoudens afwijkende bepalingen, ook geldt voor andere vergunningsstelsels.

Deze regel beantwoordt aan een aantal vrij evidente uitgangspunten. De vergunning is enkel een politiemaatregel. Wanneer het bestuur uitspraak doet over een vergunningsaanvraag, spreekt het zich niet uit over de burgerlijke rechten van schadeverwerker en slachtoffer. In het kader van het aansprakelijkheidsrecht is het feit te handelen conform de voorschriften van een administratieve vergunning, geen grond van rechtvaardiging. Een vergunning is geen bevel. Zelfs indien men alle wettelijke voorschriften naleeft, kan men nog een fout begaan door overtreding van de zorgvuldigheidsnorm.

19. Men is het er momenteel dan ook over eens dat de rechter een veroordeling tot schadevergoeding kan uitspreken, ook al was verweerder houder van een vergunning waarvan hij alle voorschriften naleefde.

20. Dat verweerder handelt in overeenstemming met de voorschriften van een vergunning, blijkt echter wel belangrijk voor de mogelijkheid voor de rechter om, in het kader van een aansprakelijkheidsvordering, bepaalde foutieve activiteiten te verbieden of om te bevelen dat voorzorgsmaatregelen genomen worden om de schade te vermijden welke de verderzetting van een onzorgvuldige exploitatiewijze zou meebrengen⁴⁴. De mogelijkheid voor de rechter om een bevel of verbod op te leggen aan de houder van een administratieve vergunning is inderdaad betwist. De vraag is van groot belang voor het milieurecht. Laat men de rechter toe milieuverstorende activiteiten welke verlopen conform aan

³⁷ Over het verband tussen het fout-criterium en een belangenafweging, zie BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 56 e.v.

³⁸ Luik, 8 oktober 1969, *R.G.A.R.*, 1969, 8341; Luik, 13 januari 1976, *R.G.*, nr. 5.681/75, niet gep.

³⁹ Kh. Kortrijk, 31 maart 1978, niet gep., *A.R.*, nr. 249/77.

⁴⁰ Kh. Antwerpen, 5 mei 1978 en 18 mei 1978, niet gep., *Vred. Lens*, 27 mei 1986, *Aménagement*, 1987, 52. Op het einde van de negentiende eeuw vindt men een aantal opmerkelijke uitspraken in deze zin. Het Hof van Beroep van Gent besloot in een arrest van 9 februari 1877 (*Pas.*, II, 132) n.a.v. de vervuiling van een beekje door het water van een gemeenteriool, «que nul riverain n'a le droit de corrompre les eaux courantes, de les rendre malsaines par le mélange d'immondices et de matières infectes; que la salubrité publique proteste constamment contre de pareilles entreprises... qu'il faut bien reconnaître que la ville qui tolère que l'on fasse d'une eau courante dont elle est propriétaire, un réceptacle d'immondices... commet une négligence dont elle est responsable».

⁴¹ Rb. Antwerpen, 26 maart 1937, *R.W.*, 1937-38, 205; Rb. Antwerpen, 23 april 1959, *R.W.*, 1959-60, 787; Corr. Verviers, 24 december 1968, *J.C.P.*, (Jur.) 1970, 16535, note DESPAX; Gent, 9 december 1976, niet gep.

⁴² Zie bv. Gent, 17 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 1691.

⁴³ Ik herneem hier grotendeels een aantal stellingen welke ik ontwikkeld heb in mijn bijdrage tot het *Liber Amicorum* Jan Ronse, «Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatie-arrest van 26 juni 1980», *Liber Amicorum Jan Ronse*, 493.

⁴⁴ Gewoonlijk, ons inziens echter ten onrechte, wordt een soortgelijk rechterlijk bevel of verbod verklaard als een vorm van herstel in natura van de aangerichte schade. In feite is het bevel of verbod de uitvoering in natura van de verplichting geen schade te veroorzaken door eigen fout en niet het herstel in natura van de aangerichte schade. Over de verantwoording en de gevolgen van dit onderscheid, zie BOCKEN, H., o.c., (noot 42), 493.

een vergunning te verbieden of aan bijkomende voorwaarden te onderwerpen, dan heeft hij het laatste woord, en niet de administratie. Ook wordt de rechtszekerheid voor de ondernemer dan wel geringer dan deze laatste wellicht zou wensen.

21. De cassatie-arresten van 27 april 1962 en 26 november 1974⁴⁵ geven een goed beeld van het traditionele standpunt in rechtspraak en rechtsleer. Ongetwijfeld blijven de rechtbanken bevoegd kennis te nemen van vorderingen wegens schade veroorzaakt door met administratieve vergunning geëxploiteerde bedrijven. De rechter mag ook maatregelen bevelen om schade voor de toekomst te vermijden, doch enkel voor zover zij niet in strijd zijn met de voorzorgen welke de administratieve overheid in het algemeen belang voorschreef en voor zover zij het bestaan van de inrichting niet, zelfs tijdelijk, in het gedrang brengen⁴⁶⁻⁴⁷. Recente rechtspraak⁴⁸ en een deel van de recente rechtsleer⁴⁹ blijven deze stelling bijvallen; een aantal auteurs trekken haar in twijfel⁵⁰.

Ter verklaring van de terughoudendheid die de rechter in acht zou moeten nemen t.a.v. de houder van een administratieve vergunning, wordt gewoonlijk een beroep gedaan op het beginsel van de scheiding der machten.

De redenering wordt goed weergegeven door de advocaat-generaal Dumon in zijn conclusie voor het arrest van 27 april 1962⁵¹. «Overigens, het beginsel van de scheiding der machten maakt het de rechterlijke macht niet mogelijk zich op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze in de plaats te stellen van de administratieve overheid om de maatregelen te bevelen die wettig in de bevoegdheid van de overheid

liggen. De administratie oordeelt soeverein of aan een gevaarlijke, hinderlijke of ongezonde inrichting al dan niet een machtiging moet verleend worden. De rechterlijke macht heeft derhalve nooit het recht de verdwijning van een dergelijke toegelaten inrichting te bevelen. Indien de overheid haar machtiging afhankelijk gesteld heeft van wel bepaalde voorwaarden, dan zou de rechterlijke macht onbevoegd zijn om andere voorwaarden te bevelen die de eerste zouden dwarsbomen, tegenspreken of ontoereikend maken». Waar de rechterlijke macht in principe de volle bevoegdheid behoudt om uitspraak te doen nopens burgerlijke rechten, heeft zij niet het recht «het gebied voorbehouden aan de administratie (te betreden) of in conflict (te komen) met wat deze voorgeschreven heeft.»

22. Wij hebben elders⁵² reeds uitvoerig betoogd dat dit standpunt niet in overeenstemming is met de huidige Belgische opvattingen omtrent het beginsel van de scheiding der machten, volgens welke de nadruk vooral ligt op een scheiding der functies. Elke macht is soeverein en exclusief bevoegd om de haar toevertrouwde functies uit te oefenen. Komt de rechter door zijn beslissing in bepaalde gevallen in feitelijke tegenstelling met een beslissing van de administratie, dan is dit een onvermijdelijk gevolg van de soevereiniteit van de rechterlijke macht bij de uitoefening van haar functie en van de onderworpenheid van de overheid aan de rechtsregel. De rechter gaat zijn functie dan ook niet te buiten indien hij de overheid be- en veroordeelt. Hij zou dit pas doen indien hij zou tussenkomen in de uitoefening van de aan de overheid toekomende beleidsvrijheid.

Deze moderne opvatting omtrent het beginsel van de scheiding der machten wordt bevestigd door het cassatie-arrest van 26 juni 1980⁵³: «de hoven en rechtbanken menen zich niet in uitoefening van de aan de overheid voorbehouden machten, wanneer ze om de benadeelde partij volledig in haar rechten te herstellen, de herstelling in natura van de schade bevelen en aan de overheid maatregelen opleggen om een einde te maken aan de schadeverwekkende onwettelijkheid». De conclusie van de advocaat-generaal Velu voor het arrest is gelijkkluidend⁵⁴. De commentatoren vallen het Hof eensgezind bij.⁵⁵

Het arrest van 26 juni 1980 heeft ongetwijfeld belangrijke implicaties voor de bevoegdheid van de rechter om een bevel of verbod te geven aan de houder van een administratieve vergunning. Indien de rechter niet ingaat tegen het beginsel der scheiding der machten door de overheid zelf bevel op te leggen om een einde te maken aan een schadeverwekkende onwettelijkheid, dan kan men a fortiori niet langer volhouden dat dit wel het geval zou zijn bij een bevel aan de houder van een administratieve vergunning.

23. Dit betekent echter niet dat de bevoegdheid van de rechter om een bevel of verbod uit te spreken tegen de hou-

⁴⁵ R.W., 1962-63, 57; R.W., 1974-75, 1708. In beide gevallen ging het om een vergunning in het kader van het Algemeen Reglement op de Arbeidsbescherming.

⁴⁶ Voor verdere verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer, zie o.m. VAN OEVELEN, A., «Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België», Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, W.G.J. Tjeenk Willink, 1984 (hierna: «preadvies»), 36, noot 126; BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 157 e.v.

⁴⁷ Deze restricties gelden niet ten aanzien van inrichtingen voor welke geen vergunning werd bekomen of die niet aan vergunning onderworpen zijn. Bij deze laatste kan de rechter ook de stopzetting, sluiting of zelfs de afbraak bevelen. Voor referenties, zie BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 158, noot 520; SCHUERMANS, L., SCHRIJVERS, J., SIMOENS, D., VAN OEVELEN, A. en SCHAMP, H., «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1977-1982)», T.P.R., 1984, hierna «Schuermans e.a., Overzicht», 533.

⁴⁸ Zie bv. Antwerpen, 15 november 1978, *Turnh. Rechtsl.*, 1978-79, 230.

⁴⁹ Zie o.m. SLOOTMANS, J., noot onder Rb. Turnhout, 14 juni 1977, *T. Aann.*, 1978, 292; HANSENNE, J., «Le point sur la théorie des troubles de voisinage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1985, 186 en verwijzingen aldaar; VANAVERMAETE, Ph., «Milieurecht», in *Het onroerend goed in de praktijk*, Kluwer rechtswetenschappen, losbladig, I.D.6-6.

⁵⁰ Zie o.m. BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, nr. 100 en verwijzingen; DALCQ, R.O., «Examen de jurisprudence (1973-74)», *R.C.J.B.*, 1980, 370; JADOT, B., «Vers la mise en oeuvre, en Belgique d'un droit à l'environnement», *Dossiers de l'environnement*, nr. 4, Inter-Environnement Wallonie 1983, 24.

⁵¹ *Pas.*, 1962, I, 938.

⁵² *Het aansprakelijkheidsrecht*, 158 en verwijzingen aldaar.

⁵³ R.W., 1980-81, 1661.

⁵⁴ *Pas.*, 1980, I, 1342, vooral 1357 e.v.

⁵⁵ DEOM, D., «De la réparation en nature du préjudice, causé par les pouvoirs publics», *Adm. Publ.*, 1980, 127; DE VISSCHER, F., «Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration», *J.T.*, 1981, 683, vooral nr. 11; DELPÉRÉE, F., «La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration», noot onder Cass., 26 juni 1980, *R.C.J.B.*, 1983, 188 e.v., vooral 193; BOCKEN, H., o.c., (noot 43).

der van een administratieve vergunning voortaan meteen onbeperkt zou zijn. Zijn maatregelen kunnen niet verder strekken dan wat nodig is om de wet te doen naleven⁵⁶. Hij kan niet de plaats innemen van het bestuur door maatregelen voor te schrijven met betrekking tot aangelegenheden waaromtrent de wetgever aan de overheid beleidsvrijheid toekent⁵⁷.

In dit verband kan er een moeilijkheid ontstaan indien de rechter positieve maatregelen voorschrijft waarvan de uitvoering op hun beurt aan vergunning onderworpen is.

Krachtens het principe van de scheiding der machten is de administratie, wanneer zij bepaalt wat het algemeen belang vereist, op haar beurt niet gebonden door hetgeen de rechter tussen partijen beslist heeft. Hoewel vrij uitzonderlijk, kan het dus voorkomen dat er geen vergunning zou worden afgeleverd voor de door de rechter bevolen werken, bv. omdat deze strijdig zijn met maatregelen welke de overheid in het algemeen belang noodzakelijk vindt. In dit uitzonderlijke geval zit de zaak in het slop. Om dit conflict te vermijden kan de rechter de te nemen maatregelen omschrijven door aanduiding van hun resultaat. Op deze wijze wordt het aan verweerder overgelaten om, in samenspraak met de administratie, te bepalen wat concreet dient te worden gedaan. Wordt de administratieve vergunning toch geweigerd, dan is de enige uitweg voor het slachtoffer de geldelijke vergoeding van de schade. Om de mogelijkheid hierop open te houden, kan de rechter in het vonnis waarin het bevel wordt gegeven, aan eiser het recht voorbehouden om, indien de werken niet uitgevoerd kunnen worden, de zaak terug voor de rechter te brengen om de schadevergoeding te laten bepalen waarop hij recht heeft⁵⁸.

24. Wie het eens is met het arrest van 26 juni 1980, moet dus ook aanvaarden dat het feit dat verweerder handelt overeenkomstig een administratieve vergunning, de rechter niet verhindert een bevel of verbod te geven dat erop gericht is onrechtmatig gedrag te voorkomen. De enige beperking die hij in acht moet nemen bestaat erin dat hij geen stelling mag nemen op punten waaromtrent de wetgever het bestuur beleidsvrijheid gaf.

Deze oplossing impliceert dat zowel het bestuur als de rechter elk autonoom kunnen beslissen of bepaalde activiteiten al dan niet moeten worden toegelaten. Het bestuur treedt daarbij op vanuit het standpunt van het algemeen belang; de rechter beoordeelt de subjectieve rechten van de in het geding betrokken partijen. Het gevaar van tegenstrijdige beslissingen is dus niet denkbeeldig. Voor de bedrijfs-wereld meer bepaald, is het een onprettig vooruitzicht dat de activiteiten waarvoor een administratieve vergunning bekomen werd, toch door de rechter zouden kunnen worden verboden.

25. Rechtsvergelijkende gegevens⁵⁹ kunnen ertoe leiden

dat men de wenselijkheid van de oplossing waarbij de rechter niet gebonden is door de administratieve vergunning in twijfel gaat trekken. In o.m. het Franse, Duitse en Zweedse recht zijn de mogelijkheden voor de burgerlijke rechter om een verbod op te leggen aan de houder van een milieuvergunning zeer beperkt.

Deze verwijzingen naar het buitenland zijn echter niet voldoende om de «nieuwe» Belgische oplossing vanuit rechtspolitek standpunt af te wijzen. Vooraleer men het laatste woord over wat mag en niet mag, aan het bestuur kan laten, moet men zeker zijn dat de administratieve besluitvormingsprocedure inhoudelijk efficiënt is en voldoende preventieve en curatieve rechtsbescherming biedt voor andere belangen dan deze van de vergunninghouder. Vooral op dit vlak moet men voorzichtig zijn met rechtsvergelijkende gegevens. Naar Frans recht bv. bestaat er immers van oudsher de mogelijkheid om de vergunning zelf aan te vechten voor de administratieve rechter. Deze kan zich ten gronde een oordeel vellen over de ernst van de te verwachten hinder en over de nodige vergunningsmaatregelen; hij kan de vergunning nietig verklaren of zelf andere voorwaarden bepalen⁶⁰. Ook is de rechtsbescherming welke de Duitse administratieve rechtscollages derden bieden, groter dan deze welke men in België te verwachten heeft. De procedurevoorschriften van de Zweedse Miljöskyddslag van hun kant komen neer op een contradictoire quasi-gerechtigde behandeling van vergunningsaanvragen⁶¹. Wil men de bescherming welke derde belanghebbenden putten uit een beroep op de burgerlijke rechter opgeven, dan moet men eerst grotere waarborgen inbouwen in het administratieve recht zelf.

Overigens worden de bezwaren welke een verbodsactie tegen een administratief vergunde inrichting kan opleveren in ruime mate ondervangen door de figuur van het rechtsmisbruik. Het misbruik-criterium kan een bruikbaar alternatief opleveren voor de toleranties inzake sanctie, welke ten gunste van de houder van een vergunde inrichting ten onrechte gezocht worden in het principe van de scheiding der machten⁶².

B. Objectieve aansprakelijkheid?

26. Een van de meest belangrijke kenmerken in het aansprakelijkheidsrecht van de laatste decennia is het succes van de objectieve aansprakelijkheid. Objectieve aansprakelijkheidsregelen beheersen een groot deel van de bedrijfsrisico's. Zij hebben veelal betrekking op schade veroorzaakt door de moderne techniek, door machines en producten welke wij, ondanks alles, niet ten volle beheersen. Reeds toen de negentiende eeuwse industrie een epidemie van arbeidsongevallen veroorzaakte, bleek de fout-aansprakelijkheid ontoereikend als reactie op de technologische ontwikkelingen. Soms veroorzaakt het gebruik van bepaalde tech-

⁵⁶ DE VISSCHER, F., «Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration», *J.T.*, 1980, 683.

⁵⁷ Conclusies van advocaat-generaal VELU voor Cass., 26 juni 1980, *Pas.*, 1980, I, 1357, noot 71; DELPÉRÉE, F., o.c., *R.C.J.B.*, 1983, 193; Rb. Nijvel, 29 april 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10636.

⁵⁸ Zie bv. Rb. Nijvel, 29 april 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10631.

⁵⁹ Zie uitvoerig onze bijdrage in het *Liber Amicorum Jan Ronse*, (noot 42), p. 499.

⁶⁰ Zie art. 14 van de wet nr. 76-663 van 19 juli 1976 op de établissements classés. Zie voor de vroegere regeling, AUBY, J.M. en DRAGO, R., *Traité du contentieux administratif*, Parijs, 1962, III, nr. 1221, 217.

⁶¹ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 379 en verwijzingen.

⁶² Zie bv. Rb. Luik, 11 januari 1960, *Jur. Liège*, 1959-60, 206.

nische hulpmiddelen, ondanks alle voorzorgen. In andere gevallen is het voor het slachtoffer zeer moeilijk de persoon aan te wijzen die aan de basis ligt van een ongeval en te bewijzen dat hij een fout beging.

27. Een aantal van deze objectieve aansprakelijkheden zijn van bijzonder belang bij milieuschade. Het is niet mogelijk deze hier uitvoerig te beschrijven⁶³. Wij beperken ons dan ook tot een algemeen overzicht en tot de aanduiding van een aantal algemene kenmerken van deze bijzondere aansprakelijkheden.

In bepaalde gevallen gaat het om een aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen. Hier volstaat het voor het slachtoffer te bewijzen dat de schade het gevolg is van verweerdens gedraging (ook al was deze niet foutief) en dat de schade en haar oorzaak binnen het toepassingsgebied van de bijzondere regeling vallen. Gezien het gaat om schade door rechtmatig handelen, werkt een grond van rechtvaardiging niet bevrijdend; het weerleggen van het causaal verband tussen de schade en eigen handelen wel. Is een fout van het slachtoffer of van een derde mede de oorzaak van de schade, dan komt men tot gedeelde aansprakelijkheid of tot een regresvordering van diegene die het slachtoffer volledig vergoedde.

Een aantal bijzondere aansprakelijkheidsregelen in de milieusector behoren tot de categorie van de *risicoaansprakelijkheid*. Hier wordt aansprakelijkheid niet langer afhankelijk gesteld van het bewijs dat de schade werd veroorzaakt door een (al dan niet foutieve) gedraging van verweerder. De schade wordt juridisch naar de aansprakelijke gekanaliseerd omdat deze een bepaald aanknopingspunt heeft met een van de risicofactoren die een rol spelen in de genesis van de schade. Afwezigheid van fout, overmacht, het ontbreken van causaal verband tussen eigen handelen en de schade zijn irrelevant. Verweerder zal aan aansprakelijkheid kunnen ontsnappen door aan te tonen dat de schade en de omstandigheden waaronder zij ontstond niet beantwoorden aan de voorwaarden gesteld door de wetgever. De fout van het slachtoffer of van een derde daarentegen leidt slechts tot een gedeelde aansprakelijkheid of tot een regresvordering. Is zij de «totale» oorzaak van de schade, dan leidt zij tot bevrijding.

1. Aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen

De evenwichtssleer

28. Van oudsher heeft de rechtspraak, zonder hierbij steeds eenzelfde — of zelfs maar een sluitende — juridische redenering te volgen⁶⁴ schadevergoeding toegekend zodra een eigenaar ertoe gehouden wordt het gebruik te dulden dat een buurman van zijn erf maakt en dit hem groter nadeel berokkent dan hij verwacht wordt te dragen in het licht van de gewone lasten van de nabuurschap.

Men weet hoe de huidige technisch juridische oplossing voor het probleem gevonden wordt in de evenwichtssleer,

geformuleerd in de cassatiearresten van 6 april 1960⁶⁵⁻⁶⁶. Volgens deze arresten verplicht art. 544 B.W. de eigenaar van een onroerend goed die door een niet foutief feit het evenwicht verbreekt dat tot stand is gekomen tussen naburige eigendommen door aan een naburige eigenaar een stoornis op te leggen die de maat van de gewone buurschapsnadelen overschrijdt tot een rechtmatige en passende compensatie waardoor het verbroken evenwicht hersteld wordt. Het bewijs van een fout in hoofde van de eigenaar is niet vereist. De evenwichtssleer werd immers juist ingevoerd om de theoretische moeilijkheden op te lossen die oprijzen bij de toepassing van de fout-idee op industriële activiteiten en openbare werken die niet te vermijden vormen van hinder of schade meebrachten⁶⁷. Overlast, een stoornis die de grens van de gewone ongemakken van nabuurschap overschrijdt⁶⁸ volstaat voor aansprakelijkheid.

Uiteenlopende vormen van milieuverstoring (verontreiniging van water en lucht, geluidshinder, trillingen...) werden in het verleden reeds als overlast weerhouden en gaven aanleiding tot aansprakelijkheid op grond van de evenwichtssleer. Aldus bv.

— hinder door stof, slijk en lawaai met verlies van cliënteel als gevolg van pre-metrowerken⁶⁹;

— vervuiling van visvijvers ingevolge overstromingen te wijten aan een slecht functionerende riolering⁷⁰;

— aanhoudend hondegeblaf in een stadswijk⁷¹;

— geluidshinder veroorzaakt door het nachtelijk laden en lossen van zware vrachtwagens⁷²...

Abstracte criteria om uit te maken wanneer er overlast is zijn er niet. De rechter apprecieert van geval tot geval of de hinder de normale lasten van de nabuurschap overschrijdt of niet.

29. De bevrijdingsmogelijkheden voor de eigenaar zijn beperkt. Een fout van een derde — een aannemer bijvoorbeeld⁷³ is geen uitweg voor diegene die het initiatief nam tot de uitvoering van de werken. Een fout van het slachtoffer leidt tot gedeelde aansprakelijkheid. Verder brengt het objectieve karakter van het begrip overlast mee dat er in de

⁶⁵ *Pas.*, 1960, I, 920.

⁶⁶ Voor recente literatuur over de evenwichtssleer, zie HANSENNE, J., «Le point sur la théorie des troubles de voisinage», *Ann. Fac. Dr., Liège*, 1985; DERINE, R., «Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik», in *Zakenrecht en Zakelijke Zekerheden*, STORME, M., (red.), Gent, 1983; HANOTIAU, M., «La responsabilité en matière de troubles de voisinage», *Bull. Ass.*, 1981, 365; CHANDELLE, J.M., «La réparation du dommage en matière de troubles de voisinage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 85-126; BOCKEN, H., o.c., 267-304; VAN OEVELEN, A., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, Zwolle, 1984.

⁶⁷ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 268 e.v.

⁶⁸ Zie bv. *Cass.*, 31 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 1571; *Cass.*, 1 oktober 1981, *R.W.*, 1981-82, 2885.

⁶⁹ *Cass.*, 26 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 1133 met noot DERINE.

⁷⁰ Brussel, 18 januari 1979, *A.R.*, 16.896.

⁷¹ *Vred. Tielt*, 16 juni 1982, en Brugge, 8 oktober 1984, *T. Vred.*, 1986, 28, met noot E. STASSIJS.

⁷² *Vred. Kraainem*, 4 december 1981, *A.R.*, 1822.

⁷³ *Cass.*, 29 mei 1975, *Pas.*, 1975, I, 934; Brussel, 16 januari 1976, *Res et Jura Immobilia*, 1976, 5506; Brussel, 5 januari 1979, *T. Aann.*, 1979, 160; DERINE, R., VANNESTE, F., VANDENBERGHE, H., o.c., IA., nr. 251; DERINE, R., in *Zakenrecht en Zakelijke Zekerheden*, STORME, M., (red.), Gent, 1983, 270 en 272.

⁶³ Zie uitvoeriger BOCKEN, H., «Van fout naar risico», *T.P.R.*, 1984, 329 e.v., vooral 384 e.v.

⁶⁴ Over de vroeger gehuldigde opvattingen, zie BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 270 e.v.

regel geen aansprakelijkheid zal zijn voor hinder die slechts als overlast wordt ervaren op grond van een bijzondere gevoeligheid van het slachtoffer. Ditzelfde kenmerk van het begrip overlast speelt ook op een ander vlak een rol. Het algemene karakter van een bepaalde streek (niet een individuele eerstingebruikneming) zal de tolerantie bepalen welke de inwoners moeten aan de dag leggen jegens hun «buren». Hinderlijke activiteiten zullen dus minder snel tot aansprakelijkheid leiden indien zij uitgeoefend worden in een industriezone dan in een woongebied.

Bij toepassing van de evenwichtsleer moet er overlast zijn. Voor het overige komt iedere soort schade in aanmerking: kosten van herstel van materiële schade, ook waardevermindering, genotsstoornis, winstderving en zelfs morele schade⁷⁴.

30. Een bevel of verbod dat erop gericht is de bron van de hinder voor de toekomst aan banden te leggen, kan naar onze, door anderen betwiste, mening niet gevorderd worden. Men kan enkel op eisers erf zelf maatregelen nemen om dit te beschermen⁷⁵.

De onmogelijkheid van een rechtstreekse sanctie hangt volgens ons noodzakelijkerwijze samen met de bij de evenwichtsleer ingenomen hypothese dat het om een foutloze activiteit gaat. Men kan niet iets verbieden dat niet onrechtmatig is.

Bijzondere wetgeving

31. Ook langs bijzondere wetgeving werden een aantal wettelijke aansprakelijkheden voor rechtmatige daad ingevoerd welke van belang blijken voor de vergoeding van milieuschade. Tot deze categorie behoren o.m. de aansprakelijkheid van de mijnconcessiehouder voor mijnschade⁷⁶, de aansprakelijkheid van de exploitant van grondwaterwinnings- en van de bouwheer van openbare of private werken die de daling van een grondwaterlaag veroorzaken voor schade bovengronds⁷⁷, de aansprakelijkheid van de exploitant van pijpleidingen voor vervoer van «gasachtige producten en andere»⁷⁸ en van de exploitant van ondergrondse berguimten *in situ* bestemd voor het opslaan van gas⁷⁹. Naar onze mening voert ook art. 17 van de wet van 10 maart 1925 een aansprakelijkheid voor rechtmatige daad in welke van belang kan zijn o.m. bij hinder door hoogspanningsleidingen⁸⁰. Art. 23 van de wet van 12 mei 1927 op de militaire opeisingen tenslotte levert een rechtsgrond voor vergoeding van schade veroorzaakt door overvliegende superpersonische militaire vliegtuigen⁸¹.

⁷⁴ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 294.

⁷⁵ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht*, 291 e.v.; vgl. DERINE, R., o.c., in *Zakenrecht en Zakelijke Zekerheden*, STORME, M. (red.), Gent, 1983, 283; HANSENNE, J., o.c., *Ann. Fac. Dr., Liège*, 1985, 186.

⁷⁶ Art. 58 van de bij K.B. van 13 september 1919 gecoördineerde wetten op de mijnen, graverijen en groeven.

⁷⁷ Wet van 10 januari 1977; decr. VI. Raad, 24 januari 1984; decr. W. Raad, 11 oktober 1985; decr. Waalse Gewestraad, 11 oktober 1985.

⁷⁸ Wet van 12 april 1965.

⁷⁹ Wet van 18 juli 1975.

⁸⁰ BOCKEN, H., «Van fout naar risico», *T.P.R.*, 1984, 350.

⁸¹ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, 346.

2. Risico-aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken. Art. 1384, lid 1, B.W.

32. Zoals men weet, is de bewaker van een zaak (diegene die haar voor eigen rekening beheert en controleert) volgens de huidige rechtspraak op grond van art. 1384, lid 1 B.W. aansprakelijk voor de schade welke door een gebrek van de zaak veroorzaakt wordt.

Het bewijs van een fout is niet vereist. Het feit dat de bewaker het gebrek niet kende en er dus niet kon aan verhelpen, is irrelevant. De bewaker ontkomt enkel aan de plicht tot schadevergoeding door aan te tonen dat de schade niet door het gebrek veroorzaakt is.

De moderne rechtsleer verantwoordt deze oplossing op grond van het risico dat de gebrekkige zaak schept. De nadelige gevolgen van dit gebrek moeten ten laste gelegd worden van de bewaker van de zaak eerder dan van het toevalslige slachtoffer dat door de gebrekkige zaak getroffen wordt.

De draagwijdte van deze aansprakelijkheidsregel hangt op de eerste plaats af van de omschrijving welke men geeft aan het begrip «gebrek».

Volgens de recente rechtspraak moet het hier gaan om een «abnormaal kenmerk». De zaak moet dus eigenschappen vertonen welke afwijken van wat men normalerwijze mag verwachten van een zaak van haar soort. Het feit alleen dat zij uit haar aard zelf gevaarlijk is volstaat echter niet om haar als gebrekkig te beschouwen telkens zij schade veroorzaakt.

De rechtspraak preciseerde ook in welk opzicht een zaak abnormaal moet zijn. Wat dit betreft stelt zij dat o.m. een afwijking in de structuur, de vorm of bestanddelen of de onderlinge verhouding tussen deze laatste in aanmerking komt als gebrek. De abnormaliteit moet dus intrinsiek zijn aan de zaak, een kenmerk ervan uitmaken. Er is echter niet vereist dat het gebrek inherent, onafscheidelijk aan de zaak verbonden is.

Het slachtoffer moet het bewijs leveren van het gebrek. De rechtspraak verlicht echter zijn bewijslast door genoeg te nemen met een negatief bewijs: het volstaat dat geen andere oorzaak dan een gebrek het ontstaan van de schade kan verklaren.

33. Art. 1384, lid 1 B.W., is ook belangrijk voor de vergoeding van milieuschade.

Het laat ongetwijfeld niet toe een industriële installatie als gebrekkig te beschouwen om de enkele reden dat zij luchtverontreiniging veroorzaakt⁸². De notie gebrek daarentegen vereist een *abnormale* eigenschap.

In de praktijk zal art. 1384, lid 1 B.W., dan ook vooral toepassing vinden bij accidentele verontreiniging welke het gevolg is van bv. het breken van een leiding⁸³ of een defect in een machine⁸⁴. Ook de exploitant van een vuilnisbelt welke door zelfontbranding vuur vatte werd aansprakelijk gesteld op grond van art. 1384, lid 1 B.W.⁸⁵.

⁸² Cass., 18 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 29.

⁸³ Bergen, 18 november 1975, *Pas.*, 1976, II, 136.

⁸⁴ Luik, 13 januari 1976, niet gep., *A.R.*, nr. 5.681/75.

⁸⁵ Luik, 4 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1975, 9506.

Art. 1384, lid 1 B.W. is eveneens van belang bij meer latente verontreiniging van bodem of water. In bepaalde gevallen kan de aanwezigheid van vreemde voorwerpen in een groter geheel immers als een gebrek worden aangezien. Doorslaggevend is of het vreemde voorwerp het geheel «abnormaal» maakt of niet. Zo is de overheid, als beheerder van een waterweg, op grond van art. 1384, lid 1 B.W., aansprakelijk voor de schade aan schepen, veroorzaakt door in het water drijvende balken⁸⁶ en een gasfles⁸⁷. Het bestuur dat een zandbak ter beschikking stelt van het publiek is aansprakelijk voor de schade opgelopen door een kind dat zich kwetste aan een glasscherf in het zand⁸⁸. In een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Sint-Niklaas van 2 december 1958⁸⁹ ging het om stookolieinfiltraties in de bodem. De rechtbank stelde dat het onroerend goed waarvan de bodem met olie doordrenkt was een gebrekkige zaak uitmaakte. Een andere beslissing die hier van belang kan zijn is het vonnis van de Rechtbank van Hasselt van 6 december 1982⁹⁰. Een aannemer had afbraakmateriaal afkomstig van de weg Sint-Truiden-Hasselt op vraag van een landbouwer gestort op diens grond. De ondergrond van de weg bleek uit metaalslakken te bestaan met een hoog gehalte aan lood en kwik. Een aantal runderen stierven. Hoewel de vordering op andere gronden werd afgewezen, leek het voor de rechtbank geen probleem te zijn dat de grond met het abnormale loodgehalte een gebrek vertoonde.

Bijzondere wetgeving

34. Tot de groep van de bijzondere wettelijke risico-aansprakelijkheden behoren o.m. de aansprakelijkheid van de producent van giftige afval voor schade veroorzaakt door deze afval⁹¹, de aansprakelijkheid van de eigenaar van verontreinigende produkten voor de kosten van opruimingswerken uitgevoerd door civiele bescherming en brandweer⁹², de aansprakelijkheid van de eigenaar van een olietanker voor schade door verontreiniging van de zee door olie⁹³, de aansprakelijkheid van de exploitant van kerncentrales⁹⁴ en kernschepen⁹⁵ voor schade veroorzaakt door een kernongeval.

35. Nieuwe ontwikkelingen in dezelfde zin welke van belang kunnen zijn voor schade door milieuverontreiniging staan voor de deur. De tenuitvoerlegging van de wet van 30 juli 1979 betreffende de preventie van brand en ontploffing kan van belang zijn bij brand veroorzaakt door explosies. Ook de Europese richtlijn van 25 juli 1985 inzake produk-

tienaansprakelijkheid kan van toepassing zijn bij bepaalde gevallen van milieuschade. Er is tenslotte de Europese richtlijn van 6 december 1984. Deze geeft de commissie opdracht om voor 30 september 1988 een ontwerp van richtlijn voor te stellen met betrekking tot aansprakelijkheid en verzekering bij grensoverschrijdend verkeer van gevaarlijke afvalstoffen. De commissie zou een ontwerp voorbereiden waarbij de producent van (om het even welke) afval objectief aansprakelijk gesteld wordt voor alle schade veroorzaakt door de afval. In tegenstelling met wat de Belgische wet op de giftige afval voorziet, zou de aansprakelijkheid van de producent volgens de ontwerp-richtlijn eindigen wanneer de afval wordt overgedragen aan een eindverwerker of wordt geëxporteerd buiten het grondgebied van de E.G.

36. Deze nieuwe objectieve aansprakelijkheidsregelen staan, technisch gezien, bloot aan dezelfde kritiek als het milieurecht in zijn geheel. Er zijn teveel versnipperde, fragmentaire, regelen met talrijke onderlinge verschillen. Ook blijkt de wetgever niet voldoende vertrouwd met de techniek van de objectieve aansprakelijkheid om steeds te zorgen voor een duidelijke en klare oplossing van relevante technische vragen.

Vanuit rechtspolitiek standpunt is de objectivering van de aansprakelijkheid echter goed te keuren. Op korte termijn leidt ze misschien tot een verzwaring van de lasten voor industriële en andere vervuilers. Toch is zij nodig. Het is redelijk dat schade door milieuvervuiling niet ten laste gelaten wordt van het slachtoffer. Evenmin moet zij door de gemeenschap gedragen worden («de vervuiler betaalt»). Een verbetering van de mogelijkheid op vergoeding van milieuschade leidt tot de internatisering van milieukosten en draagt bij tot de ontwikkeling van een milieuvriendelijke technologie. Een objectieve aansprakelijkheid voor milieuvervuiling is dus verkieslijk boven de foutaansprakelijkheid. Het nodige moet echter gedaan worden om haar verzekeraar te maken.

III. Individuele aansprakelijkheid of schadespreiding

37. Met de equivalentieeler hanteren wij een van de breedste causaliteitstheorieën ter wereld.

Toch levert het vaststellen van het causale verband grote problemen op bij een vordering tot vergoeding van milieuschade. Milieuschade is dikwijls het gevolg van emissies door verschillende vervuilingbronnen. In vele gevallen is er een synergie tussen meerdere pollutanten. Dikwijls doet schade zich voor op talrijke kilometers van de uitstoot zelf. Dikwijls laten de gevolgen van een bepaalde verontreiniging zich pas na jaren voelen. In deze omstandigheden kan het voor het slachtoffer zeer moeilijk zijn de preciese oorzaak van de vervuiling te identificeren⁹⁶.

38. Vele slachtoffers van milieuverontreiniging slagen er dan ook niet in het vereiste causale verband aan te tonen. In sommige landen worden de bewijsregelen dan ook versoepeld ter zake van milieuschade.

Bij ons kan de rechter het slachtoffer van milieuschade enigszins tegemoet komen langs de waardering van de aan-

⁸⁶ Cass., 12 februari 1976, *J.T.*, 1976, 325.

⁸⁷ Kh. Antwerpen, 23 november 1978, *R.G.A.R.*, 1980, 10.163.

⁸⁸ Vred. Aarlen, 9 februari 1979, *Bull. Ass.*, 1980, 723.

⁸⁹ *R.W.*, 1959-60, 1904.

⁹⁰ Niet gep., *A.R.*, 82 B.889. Zie ook Antwerpen, 23 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 324.

⁹¹ Wet van 22 juli 1974. Zie uitvoerig BOCKEN, H., «Van fout naar risico», *T.P.R.*, 1984, 384.

⁹² Art. 85 van de wet van 24 december 1976. Zie uitvoerig BOCKEN, H., o.c., (vorige noot), 388.

⁹³ Verdrag van Brussel van 29 november 1969, wet van 20 juli 1967.

⁹⁴ Wet van 22 juli 1985.

⁹⁵ Wet van 9 augustus 1963.

⁹⁶ Vgl. Rb. Nijvel, 13 mei 1970, *Rec. Niv.*, 1971, 98 en Rb. Nijvel, 21 januari 1969, *Rec. Niv.*, 1970, 189.

gevoerde bewijzen. Dat eiser het bewijs moet leveren van het causaal verband, betekent immers niet dat hij moet aantonen dat dit absoluut en onbetwistbaar vaststaat. Hij moet wel voldoen aan de eisen van de zogenaamde gerechtelijke zekerheid: hij moet de rechter overtuigen van het bestaan van de aangevoerde feiten. Dit zal het geval zijn indien hij een «hoge graad van waarschijnlijkheid» aan toont. Meent de rechter dat de aangehaalde feiten genoegzaam bewezen zijn, dan is het aan de tegenpartij om deze zekerheid aan het wankelen te brengen. De rechter waardeert de aangehaalde bewijzen soeverein.

Men stelt vast dat de feitenrechters ter zake niet steeds een gelijke strenghed aan de dag leggen. Naast beslissingen waarin een zeer formele wetenschappelijke bewijsvoering geëist wordt, zijn er andere waar de rechter vrij gemakkelijk genoeg neemt met een min of meer grote waarschijnlijkheid om op grond hiervan de bewijslast naar verweerder te verschuiven. Een voorbeeld in deze zin is te vinden in het arrest van het Hof van Hof van Beroep van Gent van 26 januari 1973⁹⁷. Landbouwers beweerden dat runderen overleden waren ten gevolge van het drinken van water van een gracht die door verweerders bedrijf vervuild werd. Het hof nam, voor het causaal verband, genoeg met het bewijs van de watervervuiling en met de vaststelling dat het vee niet overleden was ten gevolge van ziekte of van het innemen van andere giftstoffen dan deze aanwezig in het water. Typerend is ook het (niet gepubliceerde) vonnis van de Rechtbank van Gent van 29 mei 1977, betreffende de vernietiging van fruitbloesems door ethyleen-gassen. Hier baseerde de rechter zich op een deskundigenverslag waaruit bleek «dat de symptomen wijzen op een gasvormige luchtverontreiniging; dat waarschijnlijk een vergiftiging met ethyleen de vernietiging van de bloesems heeft veroorzaakt; dat de beschadiging zowel in tijd... als in localisatie... ten opzichte van de cokesfabriek te situeren is».

Hoewel de soepelheid in de waardering van de door het slachtoffer aangebrachte bewijzen een feitelijke verlichting van de bewijsvoering kan meebrengen, is er hier echter geen sprake van een echte omkering van de bewijslast: pas indien de rechter oordeelt dat hetgeen door de eiser naar voor werd gebracht aannemelijk is, draagt de tegenpartij de bewijslast.

39. Er weze nog herinnerd aan artt. 871 en 877 Ger. W., op grond waarvan de eiser de overlegging kan vorderen van het bewijsmateriaal dat verweerder bezit in verband met welbepaalde en ter zake dienende feiten of stukken waarvan de kennis nuttig is tot de oplossing van het geschil. Deze mogelijkheid kan van bijzonder belang zijn jegens be-

drijven waar de lozing van afvalstoffen of andere incidenten in de produktie vrijwillig of krachtens een reglementaire verplichting geregistreerd werd.

40. Wellicht is de bewijsvoering inzake causaliteit de hoogste hindernis voor het slachtoffer van milieuschade. Zolang milieuschade langs het aansprakelijkheidsrecht moet toegerekend worden aan een individuele vervuiler, zal een groot deel ervan onvergoed blijven. Uit andere sectoren van het schadevergoedingsrecht weten wij echter dat het ook mogelijk is de economische last van bepaalde schadegevallen rechtstreeks — en onafhankelijk van het aansprakelijkheidsrecht — te spreiden over een bepaalde groep. De verzekering voor eigen schade en de sociale zekerheid hebben deze strekking. Een gelijksoortig mechanisme is ook denkbaar voor de vergoeding van schade door milieuverontreiniging.

41. In een aantal landen vinden wij schadefondsden welke gespijsd worden door heffingen op vervuilingbronnen en welke vergoeding toekennen voor bepaalde vormen van milieuschade, zonder dat het noodzakelijk is eerst aan te tonen wie ervoor aansprakelijk is. De tussenkomst van deze fondsen biedt vooral een oplossing voor gevallen waar het onmogelijk is het causaal verband tussen fout en schade aan te tonen.

Een bekend milieuschadefonds is het Nederlands Fonds Luchtverontreiniging. Dit geeft — onder vrij beperkende voorwaarden — schadevergoeding aan eenieder die ten gevolge van boven Nederlands grondgebied optredende luchtverontreiniging schade heeft geleden welke redelijkerwijze niet te zijnen laste behoeft te blijven. Het fonds wordt gespijsd door een heffing op brandstoffen en verontreinigende installaties. Ook in de V.S. spelen milieuschadefondsen een toenemende rol.

In ons land zijn er nog geen echte milieuschadefondsen. Slechts in zeer beperkte mate kennen wij momenteel een rechtstreekse spreiding van de kosten van milieuschade. Dit komt voor in het relatief uitzonderlijke geval dat milieuschade gedekt is door een verzekering voor eigen schade. Ook kunnen medische kosten welke het gevolg zijn van door verontreiniging veroorzaakte ziektegevallen in het kader van de sociale zekerheid vergoed worden, zonder dat het slachtoffer moet bewijzen wie ervoor aansprakelijk is.

Rechtsvergelijkende gegevens tonen echter aan dat een belangrijke rol is weggelegd voor het milieuschadefonds als autonoom schadevergoedingssysteem⁹⁸.

H. BOCKEN

⁹⁷ R. W., 1973-74, 205.

⁹⁸ Zie BOCKEN, H., «Alternatives to liability and liability insurance for compensation of pollution damages», *Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid*, 1987, 83 e.v.

ENKELE ACTUELE KNELPUNTEN IN HET LEEFMILIEUSTRAFRECHT

1. Niettegenstaande de toenemende belangstelling voor de bescherming van het leefmilieu kan aan de vaststelling niet worden voorbijgegaan dat de rechtsleer met betrekking tot het leefmilieustrafrecht lange tijd een stilstand heeft gekend. Sedert de artikelen van de eminente rechtsgeleerden J. Matthijs¹ en J. Constant² zagen publikaties in verband met deze materie nauwelijks het daglicht. Criminalisten hebben het probleem zo goed als links laten liggen. Deze achterstand, deze stilte staat weliswaar in schril contrast met de activiteiten die de gerechtelijke opsporingsdiensten in het gerechtelijk arrondissement Antwerpen in de tachtiger jaren hebben ontwikkeld. Ook deze bijdrage zal deze lacune niet opvullen daar het de bedoeling is slechts actuele knelpunten bij de toepassing van het leefmilieustrafrecht aan te geven. Tevens verhindert plaatsgebrek een uitputtende analyse ter zake³.

Achtereenvolgens komen de volgende punten aan bod: de strafmaat in de leefmilieuwetgeving (§ 1), de recente rechtspraak (§ 2) en ten slotte zullen een aantal bedenkingen betreffende de bewijsvoering worden geformuleerd (§ 3).

§ 1. De strafmaat

2. De meeste leefmilieuwetten in België kennen een zeer geringe strafbedreiging. De meeste kennen een maximumgevangenisstraf van zes maanden (art. 41, § 1, van de Oppervlaktewaterenwet van 26 maart 1971⁴; art. 10, eerste lid, van de wet tot bestrijding van de luchtverontreiniging van 28 december 1964⁵; art. 11, eerste lid, van de wet op de geluidshinder van 18 juli 1973⁶. Een maximumstraf van één jaar treft men aan in de nationale en Vlaamse afvalwetgeving (art. 56 van het Vlaamse afvalstoffendecreet van 2 juli 1981⁷; art. 25 van de wet op de giftige afval van 22 juli 1974⁸; art. 10 van de wet betreffende de invoer, doorvoer

en uitvoer van afvalstoffen van 9 juli 1984⁹. Maximumstraffen hoger dan vijf jaar zijn een grote uitzondering zoals de wet van 17 april 1986 op de externe beveiliging van kernmateriaal¹⁰.

Uit een rechtsvergelijkend onderzoek van G. Heine¹¹ blijkt dat de maximumgevangenisstraf van zes maanden in de Belgische Oppervlaktewaterenwet van 26 maart 1971, uitgesproken de laagste strafmaat is van het hele Europese vasteland en dit op Griekenland na (waar het maximum twee maanden bedraagt). Dit bracht J. Matthijs ertoe om reeds kort na het uitvaardigen van de wet op te merken dat zulke lage straffen geen enkele afschrikking inhouden en dat de dader zich derhalve geen zorgen zal maken over het resultaat van de eventuele vervolgingen¹². Opvallend is dat bij de voorbereiding van de Oppervlaktewaterenwet van 26 maart 1971 noch in de memorie van toelichting, noch tijdens de bespreking in de parlementscommissies en de openbare vergaderingen met enig woord gerept werd over de reden van deze strafmaat¹³. Dit kan slechts het vermoeden bevestigen dat de wetgever in vele economische en leefmilieuwetten bijna «uit gewoonte» enkele strafbepalingen in de wet toevoegt. De hele leefmilieuwetgeving in België past in het kader van het administratief recht. De redactie van deze wetten wordt niet opgesteld door criminalisten maar door ambtenaren door wie aan de administratieve regels in fine en als een automatisme als het ware nog snel enkele strafbepalingen worden toegevoegd.

3. Het Waalse Gewest daarentegen heeft zowel ten aanzien van de bescherming der oppervlaktewateren tegen verontreiniging als ten aanzien van de afvalstoffen verordeningen uitgevaardigd¹⁴ alwaar via de strafbepalingen beter de misbruiken tegen de maatschappij en het leven worden gereflecteerd. Beide verordeningen behelsen een uitgebreide en gedetailleerde strafmaat al naar gelang van de omstandigheden waarin de misdrijven gepleegd werden. De wetgever in het Waals Gewest heeft er blijk van gegeven dat hij op een diepgaander manier nagedacht heeft over lozen, bodemverontreiniging enz. Het normstellingsproces vond in elk geval op een bewuster wijze plaats dan in het Vlaamse Gewest, wat wel als lichtpunt mag worden aangestipt.

4. De meeste auteurs menen dat de straffen die op leef-

¹ MATTHIJS, J., «La protection pénale de l'environnement. L'eau, l'air, le bruit», *R.D.P.*, 1971-72.

² CONSTANT, J., «La protection pénale de l'environnement en droit Belge», *Rapports Belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978.

³ Het Max Planckinstituut te Freiburg startte een internationaal project waarin men voor alle landen in de wereld de mogelijkheden van de handhaving van het leefmilieurecht door het strafrecht onderzoekt. De bijdrage over het Belgisch Leefmilieustrafrecht wordt geschreven door Michael Faure onder de titel: «Die Strafrechtliche Durchsetzung des Umweltrechts in Belgien.»

⁴ Wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging, *B.S.*, 1 mei 1971.

⁵ Wet van 28 december 1964 tot bestrijding van de luchtverontreiniging, *B.S.*, 14 januari 1965.

⁶ Wet van 18 juli 1973 op de geluidshinder, *B.S.*, 14 september 1973.

⁷ Decreet van 2 juli 1981 op het beheer van afvalstoffen, *B.S.*, 25 juli 1981.

⁸ Wet van 22 juli 1974 op de giftige afval, *B.S.*, 1 maart 1975.

⁹ Wet van 9 juli 1984 op de invoer, doorvoer en uitvoer van afvalstoffen, *B.S.*, 4 oktober 1984.

¹⁰ Wet van 17 april 1986 op de externe beveiliging van kernmateriaal, *B.S.*, 14 augustus 1986, err. 14 november 1986.

¹¹ HEINE, G., «Aspekte des Umweltstrafrechts im Internationalen Vergleich», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, (67), 79.

¹² MATTHIJS, J., *l.c.*, 542.

¹³ MATTHIJS, J., *l.c.*, 539.

¹⁴ Décret relatif aux déchets du 5 juillet 1985, *B.S.*, 14 december 1985; décret du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface contre la pollution, *B.S.*, 10 januari 1986.

milieumisdrijven zijn gesteld, in het algemeen vrij laag zijn¹⁵. De penale sancties in de Belgische leefmilieuwetgeving zijn niet alleen zeer laag in vergelijking met het buitenland, maar ook in vergelijking met de bestraffing van de misdrijven in het Strafwetboek. Het toebrengen van één vuistslag of het plegen van bigamie wordt strenger bestraft dan het lozen van sterk vervuild afvalwater, hetgeen de biologische dood van een gehele rivierarm kan veroorzaken¹⁶. Wie nog mocht twijfelen aan de ernst van de oppervlaktewaterverontreiniging in Vlaanderen, kan de in 1986 uitgegeven kaart van de biologische kwaliteit van de waterlopen raadplegen, waaruit blijkt dat de toestand van de meeste waterlopen in Vlaanderen varieert van «middelmatische biologische kwaliteit» tot «zwaar verontreinigd»¹⁷. Mede in het licht van deze gegevens rijst de vraag of de hoogte van de straffen in het leefmilieurecht niet dient te worden herzien. Voor zover men aanneemt dat de hoogte van de strafbedreiging ook de waarde van de door het strafrecht beschermde rechtsgoederen reflecteert, zijn hier wel argumenten voor te vinden. Hoewel uit een recente, in opdracht van de E.G.-Commissie uitgevoerde enquête blijkt dat de Belgen zich — samen met de Ieren — van alle Europeanen het minst ongerust maken over de leefmilieuverontreiniging¹⁸, kan men toch voorhouden dat de rechtsgoederen «zuiver water», «schone bodem» of «zuivere lucht» bijna een even grote bescherming verdienen als «de lichamelijke integriteit» of «de goede zeden». Indien men aanneemt dat het strafrecht een aangepast handhavingmechanisme voor leefmilieuregulering is, dringt een aanpassing ervan aan deze nieuwe maatschappelijke opvattingen zich op. De bestraffing van ernstige verontreinigingen van ons leefmilieu zou dan ook dienen te worden opgenomen in ons Strafwetboek. Alleen dan pas zou blijken dat de wetgever deze inbreuken aux sérieux neemt. En alleen dan zullen deze inbreuken door de parketten, onderzoeksrechters en strafrechters voor vol worden aangezien.

§ 2. De recente rechtspraak

5. De lage strafmaat die men aantreft in de leefmilieuwetgeving vindt men ook terug in de rechtspraak.

In de nog onder de gelding van de Oppervlaktewaterenwet van 11 maart 1950¹⁹ gewezen rechtspraak, vindt men veroordelingen tot geldboeten van 26 frank²⁰ tot 200

frank²¹. Gepubliceerde rechtspraak waarin veroordeeld wordt op grond van een overtreding van het leefmilieurecht, is zeldzaam, maar in de ongepubliceerde vonnissen ziet men dat de rechters terughoudend blijven om een hoge geldboete — laat staan de maximumgeldboete van 5.000 frank wat de Oppervlaktewaterenwet en 100.000 frank wat de afvalstoffenwetgeving betreft — uit te spreken.

De gevangenisstraf wordt haast nooit opgelegd. Zo spraken de Correctionele Rechtbank te Brugge op 28 mei 1986 en de Correctionele Rechtbank te Mechelen op 10 februari 1986 een geldboete uit van 100 frank, de Correctionele Rechtbank te Dendermonde op 25 februari 1986 een geldboete van 300 frank, en de Correctionele Rechtbank te Antwerpen diverse keren een geldboete variërend van 50 frank tot 200 frank. In de loop van 1987 sprak de Correctionele Rechtbank te Antwerpen geldboeten uit van 400 frank en 500 frank om in de loop van 1988 op te lopen tot 1.500 en 2.500 frank. Niettemin staande er bij enkele Antwerpse rechters een kentering waar te nemen valt, mag worden besloten dat de uitgesproken straffen zeer laag zijn. Volledigheidshalve dient te worden vermeld dat in bovenvermelde gevallen slechts zuivere leefmilieumisdrijven werden gepleegd. Zij die in hoge mate het leefmilieu verontreinigen zullen tevens vaak inbreuken plegen op het gemene strafrecht. De illegale verwijdering van afvalolie door deze als volwaardige brandstof te verkopen zal immers vaak gepaard gaan met de misdrijven van valsheid in geschrifte en gebruik ervan en bedrog in koopwaren. Dat zijn pas de misdrijven die ons vertrouwd in de oren klinken en bijgevolg zwaarder worden bestraft.

6. De vraag mag en moet worden gesteld naar de oorzaken van deze lage bestraffing.

Een eerste oorzaak is duidelijk dat de meeste leefmilieuwetten een te lage strafmaat kennen. De parketmagistraat, de onderzoeksrechter of de rechter ten gronde hebben de ingebakken reflex aan de hand van de door de wetgever vastgestelde strafmaat tot het al dan niet ernstige karakter van een misdrijf te besluiten. Hoe hoger de straf, des te ernstiger het misdrijf. Voor de parketmagistraat en de onderzoeksrechter is het in de praktijk van groot belang of er al dan niet een bevel tot aanhouding tegen een verdachte kan worden verleend, wat in hoofdzaak bepalend is om het gepleegde misdrijf als ernstig te omschrijven. De wetgever overtuigt de praktijkjurist niet van de ernst van een misdrijf door dit te bestraffen met een gevangenisstraf van zes maanden of een jaar. Niet alleen dient de strafmaat te worden omhooggetrokken, maar eveneens zal de opname van de ernstige leefmilieumisdrijven in ons Strafwetboek de magistraat ervan overtuigen dat de wetgever zwaar tilt aan deze misdrijven en ze ook als volwaardige misdrijven beschouwt.

7. Een tweede probleem is dat niet uit het oog mag worden verloren dat de industrieën — die de belangrijkste bron uitmaken van de verontreiniging van ons leefmilieu — meestal bloeiende en levende bedrijven zijn. Een gefailleerde of een dood bedrijf veroordelen zal vanwege de strafrechter heel wat minder moed vergen. Alles wordt plots heel wat delicates (zoals men dat pleegt te noemen) wanneer over een multinational met hoge financiële en bijgevolg po-

¹⁵ CONSTANT, J., l.c., 598; DE PUE, E., STRICKERS, P. en VANDEN BILCKE, C., *Milieuwetboekje*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 120.

¹⁶ LEBRUN, A., «La sanction pénale en matière d'environnement en région wallonne», rapport pour la journée organisée à Liège sur le thème «La répression des infractions en matière d'environnement», le 12 novembre 1986, p. 25; SUETENS, L.P., noot onder Corr. Hasselt, 18 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 779.

¹⁷ VANHOOREN, G., *Kaart van de biologische kwaliteit van de waterlopen in België. Een bilan voor 1985*, Brussel, Ministerie van Volksgezondheid, 1986.

¹⁸ *Europeanen en hun milieu*, Brussel, E.G.-Commissie, 1983, 20.

¹⁹ Wet van 11 maart 1950 op de bescherming van de wateren tegen verontreiniging, *B.S.*, 27 april 1950.

²⁰ Corr. Hasselt, 18 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 775, met kritische noot van L.P. SUETENS.

²¹ Gent, 26 januari 1973, *R.W.*, 1973-74, 205, met noot.

litieke belangen voor 's lands economie dient te worden geoordeeld.

8. Een laatste oorzaak van de lage bestraffing ligt mijn insziens bij het feit dat de magistratuur onvoldoende geïnteresseerd is in bijzondere strafwetgeving in het algemeen en leefmilieustrafrecht in het bijzonder. Hoe minder men geïnteresseerd is in een bepaalde materie, des te minder men kennis verwerft én vice versa. Het is inderdaad wel zo dat het leefmilieuprobleem het voorwerp uitmaakt van verschillende disciplines. Het probleem vergt bijgevolg een multidisciplinaire aanpak. Mede hierdoor en door het technologische aspect van het probleem is het voor de leek, die de magistraat toch is, minder leesbaar geworden. Het hoge technologische karakter maakt het gegeven abstracter. De waardigheid van de mens — over wie het tenslotte toch gaat — verzeilt also op een geruisloze manier in de vergeethoek. Het opstellen van processen-verbaal die klaar en begrijpelijk zijn voor de rechter die ten gronde over de zaak moet oordelen, kan er zorg voor dragen dat het concreet probleem minder abstract overkomt. De stukken der rechtspleging moeten tot de verbeelding spreken, zodat de magistraat met zijn juristenverstand kan beseffen in welke mate er schade aan het leefmilieu door de verdachte is toegebracht. Anderzijds is de magistraat zich onvoldoende bewust van zijn wereldvreemdheid, van het feit dat hij geen binding heeft met de realiteit. Hij is er zich onvoldoende van bewust dat hij binnen het negentiende-eeuwse Europees denken van 1867 overgeleverd is aan de wet van de grote aantallen. Integendeel helaas. Hij blijft verder denken in het agrarisch kleinburgerlijk patroon van het dorp, waarvan ons Strafwetboek overigens nog bol staat.

Volledigheidshalve dient te worden vermeld dat het chaotisch karakter van de leefmilieuwetgeving in België niet geschikt is om de rechtszekerheid te dienen. Tevens is ze zo dat ze de drempel voor de magistraat verhoogt. Deze wetgeving is organisch gegroeid. Vele wetten en besluiten verschenen in het Belgisch Staatsblad kort na het losbreken van een schandaal (wet op de giftige afval, het Vlaamse afvalstoffendecreet, het Vlaamse afvaloliebesluit van 25 juli 1985, het koninklijk besluit van 2 juni 1987 betreffende de reglementering van de in-, uit- en doorvoer van afvalstoffen)²². Het chaotische aspect werd nog kracht bijgezet sedert de gewestvorming en meer bepaald de augustuswetten van 1980, krachtens welke aan de gewesten de bevoegdheid werd gegeven te zorgen voor de verwijdering van afvalstoffen, de zuivering van afvalwaters, de bescherming van het leefmilieu ... En sedert het uitvaardigen van decreten en executievebesluiten bleven de nationale wetten bestaan en kwamen er ter zake nieuwe initiatieven.

9. De leefmilieuwetgeving is gebaseerd op vergunningsstelsels en werd té sectormatig aangepakt. Ze dient dan ook dringend te worden gecoördineerd. De Nederlandse wet van 21 augustus 1979 «houdende regelen met betrekking tot een aantal algemene onderwerpen op het gebied van milieuhygiëne» (Wet Algemene bepalingen milieuhygiëne) werd reeds als voorbeeld gesteld²³. Deze wet coördineert de

vergunningstelsels welke vervat zijn in een tiental bijzondere wetten. Zij stelt verder algemene regelen in verband met de preventieve rechtsbescherming. De curatieve rechtsbescherming wordt op eenvormige wijze geregeld door voorschriften inzake ontvankelijkheid, procedure en gevolgen van administratief en juridictioneel beroep.

Gezien de gewestvorming is het rationaliseren niet eenvoudig. Grondig studiewerk dient eraan vooraf te gaan. Improvisatie immers is niet langer meer toelaatbaar.

10. De lage straffen die door de rechter ten gronde uitgesproken werden en de laksheid, desinteresse en ook wel eens kwade wil die men bij vele onderzoeksrechters voor deze materie aantreft, kunnen bovendien de aanzet zijn van een andersoortig misbruik. Het kan er namelijk toe leiden dat de procureur des Konings op een extreme wijze misbruik maakt van het opportuniteitsbeginsel dat alleen hem toebehoort. Zo wordt in vele zaken om opportuniteitsredenen besloten niet te vervolgen²⁴. Vaak zal het openbaar ministerie een afwachtende houding aannemen en na een eerste vaststelling nagaan of het betrokken bedrijf nadien de reglementaire of de vergunningsvoorschriften naleeft. Wanneer dit gebeurt, zal vaak een seponering volgen²⁵. Een mogelijke reden voor de lakse toepassing van de leefmilieuwetgeving is dat men de industriële groei niet in gevaar wil brengen²⁶.

Een dergelijk argument leidde in twee arresten van het Hof van Beroep te Gent tot ontslag van rechtsvervolging²⁷. Het eerste arrest betrof een geval van waterverontreiniging. In deze zaak verklaarde de beklagde dat hij de parameters opgenomen in de lozingsvergunning waarover hij beschikte niet kon nakomen. De naleving van de opgelegde normen zou een dusdanige investering vereisen dat hij ze financieel onmogelijk kon dragen. De zware financiële inspanningen die hij zou dienen te leveren, zou het ontslag van 600 personeelsleden meebrengen. Het hof aanvaardde dit argument en het beroep op overmacht als rechtvaardigingsgrond werd gegrond verklaard met ontslag van rechtsvervolging als gevolg. In de noot volgend op dit arrest in het *Rechtskundig Weekblad* wordt bij deze uitspraak het geluk niet onder stoelen of banken gestoken en volgens de nootschrijver is er zelfs bij de beklagde afwezigheid van alle schuld. Daar het arrest de drie begrippen «noodsituatie», «overmacht» en «afwezigheid van alle schuld» kriskras door elkaar haalt, lijkt het er sterk op dat het hof over dit concreet geval zeer vlug en oppervlakkig een oordeel heeft gevormd.

²⁴ LEBRUN, A., *l.c.*, 21-23.

²⁵ Van de 620 dossiers die in het gerechtelijk jaar 1986-87 in het gerechtelijk arrondissement Antwerpen werden aangelegd, werden er 450 geseponeerd. De meeste bedrijven hadden zich «spontaan» in regel gesteld. Voor honderden miljoenen werd door de industrie geïnvesteerd in waterzuivering, legale verwijdering van afvalstoffen enz.

Zie ook vraag nr. 98 van de heer Van Ooteghem van 14 april 1987, *Vragen en Antwoorden, Senaat*, 27 oktober 1987 (nr. 3), 110.

²⁶ SUETENS, L.P., «Leefmilieu en recht», in *Recht in Beweging, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, II, Antwerpen, Kluwer, 1973, (959), 970.

²⁷ Gent, 27 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 1691, met noot A. VANDEPLAS; Gent, 3 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 1694, met noot M. BOES.

²² LAMBRECHTS, W., *Milieurecht*, Gent, Story Scientia, 1987, 236, 254.

²³ BOCKEN, H., «Milieurecht te veel?», *R.W.*, 1987-88, 803-806.

Uit geen enkele overweging van het arrest blijkt dat aan de constitutieve elementen van voornoemde begrippen werd voldaan. Of de verdachte zich nu in een noodsituatie bevond dan wel of er overmacht aanwezig was, daar geeft het arrest geen uitsluitsel over. Bij een te flexibele interpretatie van de begrippen «overmacht» of «noodtoestand» krijgen veelerlei problemen al te snel een «oplossing»²⁸. De bespreking van beide arresten zal te zijnen tijd zowel op dogmatisch als crimineel-politiek gebied worden besproken in het *Rechtskundig Weekblad* door Michael Faure.

12. De vraag kan worden gesteld of er mogelijkheden zijn om tot een reële handhaving te komen. Wellicht kan het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brugge van 15 oktober 1986 hiertoe een aanzet zijn²⁹. Ook in deze zaak leefde het bedrijf de lozingsvoorwaarden niet na. De strafrechter maakte alhier gebruik van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie. Hij legde een geldboete op van 2.000 frank (x 60) maar beval het uitstel van de tenuitvoerlegging voor een periode van twee jaar, op voorwaarde dat de veroordeelde bepaalde opgesomde voorwaarden naleefde.

Er dient te worden afgewacht of bij het toezicht op de uitvoering van de opgelegde voorwaarden de samenwerking tussen de probatieassistenten en de wetenschappers van bevoegde administratie al dan niet efficiënt zal verlopen. De strafrechter nodigt in voornoemd vonnis in één van zijn voorwaarden de betrokken partijen uit om een bijeenkomst bij te wonen die door het bedrijf zal worden georganiseerd en waarop informatie zal worden gegeven over de werkzaamheden die door het bedrijf zijn ondernomen om de leefmilieuvervuiling tegen te gaan. Een dergelijke mogelijke verplichting voor de beklaagde is in het leefmilieustrafrecht nergens te vinden en het beantwoordt aan de tekenen van de tijd: in een sfeer van glassnost en solidariteit samen te zoeken naar een oplossing voor de vervuiling van de bodem, het water en de lucht, de levensnoodzakelijke componenten die we allen slechts in bruikleen hebben.

§ 3. Bewijsvoering

13. De derde gerechtelijke uitspraak inzake leefmilieustrafwetgeving die in het *Rechtskundig Weekblad* van 1986-1987 verscheen was een arrest waarin het Hof van Beroep te Gent³⁰ een persoon vrijspak omdat de monstername niet was uitgevoerd door een beëdigd ambtenaar of een officier van gerechtelijke politie zoals de Oppervlaktewaterenwet van 26 maart 1971 immers voorschrijft. In casu was de staalname op een negentiende-eeuwse manier geschied: een sasmeester had bij het sas met een emmer water geschept uit de Dender.

Het R.W. met zijn annotator zijn van oordeel dat dit arrest een illustratie is van de technische moeilijkheden die de opsporingen en bestraffingen van leefmilieumisdrijven in de weg kunnen staan en dat de controle van ingewikkel-

de vergunningen zeer moeilijk is. De publikatie van het arrest en de daaropvolgende noot geven echter slechts de helft van het verhaal. Niet alleen jammer maar tevens verwarrendstichtend is het te noemen daar deze publikatie niet gesitueerd werd in de hele context van bewijsvoering. Vooreerst dient opgemerkt dat de monstername verricht werd noch door een beëdigd ambtenaar, noch door een gerechtsdeskundige, noch door een officier van gerechtelijke politie en het alleen om deze reden is dat het hof besloot tot ontslag van rechtsvervolgning. De vrijspraak is niet gebaseerd op de onwettige wijze waarop het monster is genomen zodat moeilijk kan worden beweerd dat voornoemde uitspraak een illustratie zou zijn van de technische moeilijkheden die de opsporing en bestraffing in de weg kunnen staan.

14. Er dient te worden benadrukt dat het feit dat er geen geldig monster werd genomen volgens de Oppervlaktewaterenwet en zijn uitvoeringsbesluiten niet uitsluit dat het openbaar ministerie met alle middelen rechtens het leefmilieumisdrijf kan bewijzen.

— Zo besliste het Hof van Cassatie³¹ bij arrest van 10 april 1979 dat de Oppervlaktewaterenwet van 26 maart 1971, door in artikel 36 een bijzondere bewijsvoering in te richten, de bewijsmiddelen van het gemene recht, met name het deskundigenonderzoek als geregeld bij de artikelen 43 en 44 van het Wetboek van Strafvordering, niet heeft uitgesloten.

Een niet gepubliceerd arrest van 9 november 1978 van het Hof van Beroep te Gent oordeelde dat «er een fundamenteel verschil is tussen de voorschriften van artikel 36 van de Oppervlaktewaterenwet dat een technische controle organiseert op de lozing van afvalwaters, en de bepalingen van artikel 37 die betrekking hebben op het opsporen en vaststellen van de overtredingen van de wet en de uitvoeringsbesluiten en uit welke tekst duidelijk blijkt dat geen afbreuk gedaan wordt aan de ambtsbevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie. Dit betekent dat deze laatsten — en daartoe behoort onder meer de onderzoeksrechter — de bewijzen kunnen verzamelen die zij dienstig achten tot het vaststellen van de overtredingen van de wet van 26 maart 1971 overeenkomstig de gemeenrechtelijke beginselen van de strafprocedure en aldus o.m. een deskundigenonderzoek kunnen bevelen waarbij de deskundige niet gebonden is aan andere voorschriften dan die van de gewone strafprocedure». Dit principe werd reeds eerder gesteld in een arrest van 26 januari 1973 van het Hof van Beroep te Gent³².

15. Het bewijs door middel van getuigen kan geïllustreerd worden aan de hand van een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Hasselt van 18 april 1972³³. Hier loosde een bedrijf afvalwater dat ten hoogste een temperatuur van 25° C mocht hebben. Het vonnis zegt in een van zijn overwegingen: «Ter zitting verklaarde een getuige, die met de omgeving vertrouwd schijnt te zijn: 'Van op de brug van de openbare weg, heb ik het altijd zien stomen, zelfs bij warm weder.' Dat het geloosde water warmer was dan

²⁸ DUPONT, L., «Een actueel probleem van penale aansprakelijkheid: de draagwijdte van het begrip overmacht», *Jura Falconis*, 1968-69, (199), 204.

²⁹ Voornoemd vonnis van de Brugse strafrechter zal binnenkort in het R.W. worden gepubliceerd met noot van andermaal Michael FAURE.

³⁰ Hof Gent, 25 april 1985, *R.W.*, 1986-87, 1221-1222, met noot van M. BOES.

³¹ *Arr. Cass.*, 1978-79, 953.

³² Hof Gent, 26 januari 1973, *R.W.*, 1973-74, 205 e.v.

³³ Corr. Hasselt, 18 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 775.

25° C mag voor meer dan een veronderstelling worden gehouden: ook deze niet-naleving is ten genoegen van recht bewezen.» Deze weinig wetenschappelijke manier van vaststelling van de leefmilieubinbreuk doet niets af aan het feit dat het bewijs door middel van getuigen niet mag worden weggecijferd.

De vermelde rechtspraak schetst mijn insziens een vollediger beeld dan het gepubliceerde arrest van 25 april 1985 met noot. Wel dient te worden vastgesteld dat in het Europees Jaar van het Leefmilieu het *Rechtskundig Weekblad* drie gerechtelijke uitspraken publiceerde waarin telkens ontslag van rechtsvervolging werd bevolen.

16. In verband met de bewijskracht van processen-verbaal van de toezichthoudende ambtenaren van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij dient nog op een onlangs belangrijk gewezen arrest de aandacht te worden gevestigd. Het Arbitragehof heeft op 23 december 1987³⁴, in antwoord op een vraag die op 27 juni 1986 werd gesteld door de Correctionele Rechtbank te Antwerpen, beslist dat bepaalde artikelen van afvalstoffendecreet de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest te buiten gaat.

Hoewel het Arbitragehof van oordeel is dat het Gewest bevoegd is voor het regelen van het ophalen, sorteren, vervoeren, behandelen, opslaan, storten, verwerken, de terugwinning en de recyclage van afvalstoffen, zijn er een aantal artikelen van strafrechtelijke aard vermeld in het decreet waarvoor het Vlaams Gewest niet bevoegd was. Dit heeft tot gevolg dat de strafrechter de artikelen, die de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest te buiten gaan, niet mag toepassen in de concrete zaak die bij het Arbitragehof was aanhangig gemaakt. Dit geldt ook wat de bewijskracht betreft van de processen-verbaal opgesteld door de toezichthoudende ambtenaren van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij.

17. Het Arbitragehof is van oordeel dat het decreet ten onrechte bewijskracht verleent aan deze processen-verbaal tot bewijs van het tegendeel. De bewijskracht van processen-verbaal wordt geregeld door het nationale Wetboek van Strafvordering. Dit betekent evenwel niet dat de processen-verbaal die werden opgesteld door de toezichthoudende ambtenaar van de OVAM ongeldig zijn. Zij gelden immers in elk geval als aangifte van een misdrijf. De rechter zou bovendien kunnen beslissen dat de ambtenaren van de OVAM te beschouwen zijn als aangestelden, in de zin van artikel 154 van het Wetboek van Strafvordering, zodat de processen-verbaal gelden tot bewijs van het tegendeel³⁵.

Dit arrest van het Arbitragehof wijst erop dat de bijzondere wetgever van 1980 een paar problemen van de handha-

ving van geregionaliseerde materies over het hoofd heeft gezien. Het Arbitragehof oordeelt immers dat op grond van artikel 7 van de Grondwet de aard en de wijze van de strafvervolging door de wet worden bepaald. Hieruit leidt men de, vanuit constitutioneel oogpunt juiste conclusie af, dat hiermee een wet in de formele zin van het woord wordt bedoeld. Bijgevolg kan de decreetgever nooit afwijken van de regels vervat in het Wetboek van Strafvordering. Hoewel deze interpretatie formeel juist lijkt, worden daardoor de mogelijkheden voor de Gewesten tot een effectieve handhaving van de door haar gereguleerde materie, waaronder leefmilieu, zeer beperkt. Zou het de bedoeling van de grondwetsherziening zijn geweest om de Gewesten alleen bevoegd te maken in een bepaalde materie materiële normen vast te leggen zonder hen de bevoegdheid te verlenen ook regels vast te leggen betreffende de afdwinging van die normen? Andermaal blijkt deze halfslachtige regionalisering van België een belemmering voor een effectieve handhaving van het leefmilieurecht.

§ 4. Slotbeschouwingen

Uit deze korte overwegingen betreffende het leefmilieustrafrecht in België kunnen toch reeds enkele conclusies worden getrokken. De strafmaat in de meeste leefmilieuwetten blijkt bijzonder laag te zijn, niet alleen in vergelijking met gelijksoortige bepalingen in het buitenland, maar ook met de bestraffing van de commune delicten uit het Strafwetboek. Het feit dat deze strafbepalingen vaak een aanhangsel zijn in de meeste wetten, verklaart de geringe interesse van de wetgever voor de strafrechtelijke sanctie op schendingen van het leefmilieu.

Deze lage strafmaat wordt ook gereflecteerd in de rechtspraak. Hoewel men een stijging van de opgelegde geldboeten waarneemt, wordt een gevangenisstraf voor een leefmilieudelict toch zelden of nooit toegepast. Opvallend is dat de gevangenisstraf wel zal worden opgelegd indien leefmilieudelicten in samenloop met delicten uit het Strafwetboek worden gepleegd. Mede gelet op deze mentaliteit rijst de vraag of belangrijke schendingen van het leefmilieu niet als misdrijf in het Strafwetboek dienen te worden opgenomen.

Hoewel vaak technische problemen kunnen rijzen bij de bewijslevering van een leefmilieudelict, biedt het Wetboek van Strafvordering daartoe toch ruime mogelijkheden. Vooreerst blijft het getuigenbewijs nog steeds mogelijk. Daarnaast kunnen ook de processen-verbaal opgesteld door officieren van gerechtelijke politie het bewijs leveren van een leefmilieumisdrijf. Steeds dient voor ogen te worden gehouden dat, zelfs indien een proces-verbaal van een toezichthoudend ambtenaar ongeldig zou zijn indien bepaalde vormvereisten niet zijn nageleefd, een strafrechtelijke veroordeling nog steeds mogelijk is indien andere wettelijke bewijsmiddelen voorhanden zijn. Ook het besproken arrest van het Arbitragehof van 23 december 1987 verandert aan deze beginselen niets.

P. MORRENS

³⁴ Arbitragehof, arrest nr. 44, 23 december 1987, bij uittreksel gepubliceerd in *B.S.*, 27 januari 1988.

³⁵ *Samsom Milieu en Bedrijf*, 2e jaargang, nr. 2.

