

L. Cornelis U die binnenkomt, laat alle hoop varen (2)

Publications [www.lackbackontrack.org](http://www.lackbackontrack.org) May 2023



## Krachtlijnen voor duidelijkheid en leesbaarheid

1. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel houdende boek 6 “Buitencontractuele aansprakelijkheid” van het NBW, dat momenteel door de Kamer wordt onderzocht, volgt dat het de bedoeling is om die rechtstak te “moderniseren”. Dat wordt nodig geacht “gelet op de economische en maatschappelijke ontwikkelingen in de loop van de negentiende en twintigste eeuw”.<sup>1</sup>

Wat de inhoudelijke doelstellingen van de modernisering zijn en welke garanties het wetsvoorstel biedt om die doelstellingen effectief en efficiënt te bereiken of om zelfs maar bij de economische en maatschappelijke ontwikkelingen te doen aansluiten, wordt in het voorstel onbesproken gelaten. In een [eerste opiniestuk](#) wordt aangetoond dat de “modernisering” er blijkbaar in bestaat het aansprakelijkheidsrecht uit een vervlogen tijdperk te consolideren.

Volgens de toelichting wordt de modernisering evenwel een feit mits aan drie krachtlijnen wordt voldaan.

2. De eerste krachtlijn benadrukt de noodzaak van een duidelijkere en leesbaardere structuur van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Die modernisering is derhalve van louter formele aard.

Om daartoe met de tweede krachtlijn te komen worden “een aantal jurisprudentiële ontwikkelingen” (zijnde jurisprudentiële rechtsregels) bevestigd en dus in het voorstel opgenomen, wat volgens de toelichting “verbeteringen en herschikkingen niet uitsluit”.<sup>2</sup>

Als understatement kan de tweede krachtlijn tellen. Het wetsvoorstel is immers in grote mate een samenraapsel van, al dan niet, “bijgewerkte” jurisprudentiële aansprakelijkheidsregels, die werden geselecteerd om in de (duidelijkere en meer leesbare) structuur van boek 6 te worden opgenomen.

Met de derde krachtlijn wordt verwezen naar “een aantal echte vernieuwingen” die een aantal gebieden (9) betreffen waar de rechtspraak, volgens de toelichting, onzeker of tegenstrijdig is. Zij worden in het

---

<sup>1</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023 houdende boek 6 “Buitencontractuele aansprakelijkheid” van het Burgerlijk Wetboek, Gedr. St. Kamer 3213/001, Toelichting, p. 4.

<sup>2</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023. Toelichting p. 5.

algemeen deel van de toelichting opgesomd (samenloop van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, aansprakelijkheid van de ouders, nieuw vermoeden van aansprakelijkheid voor andermans daad, verzekering, oorzakelijk verband, preventieve functie, schade door aantasting van de fysieke integriteit, zaakschade en opheffingen).<sup>3</sup>

## Wanneer de vorm het op de inhoud haalt

3. Het onderscheid tussen “verbeteringen en herschikkingen “van (bevestigde) jurisprudentiële rechtsregels” enerzijds, en “een aantal echte vernieuwingen”, anderzijds, blijft evenwel een goed bewaard geheim van de toelichting.

De auteurs ervan zetten bijvoorbeeld een kruis over de toerekeningsvatbaarheid (de vrije en bewuste wil), maar rekenen die ingreep niet bij de “echte vernieuwingen”.<sup>4</sup> Het lijkt nochtans buitensporig de schrapping van een foutelement, dat in de rechtspraak vaststaand is, als een verbetering of herschikking van “jurisprudentiële ontwikkelingen” voor te doen.

Ook al kan die ongerijmdheid haar verklaring vinden in het besef dat de toerekeningsvatbaarheid eerst als foutelement langs de voordeur wordt buitengezet, maar meteen, via de achterdeur (de artikelen 6.6, 6.7, 6.10 en 6.11) opnieuw wordt binnengelaten, doet die werkwijze afbreuk aan het leesbaar en duidelijk karakter van het werkstuk.

4. Laten we niet rond de pot draaien: de “bijgewerkte” jurisprudentiële aansprakelijkheidsregels zijn nieuwe regels, die van de wetgever een verscherpte aandacht vragen.

Immers, de jurisprudentiële aansprakelijkheidsregels, waarvan het wetsvoorstel de wettelijke verankering beoogt, zijn geen wetten maar jurisprudentiële constructies, waarvan de verenigbaarheid met de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels nooit eerder door een wetgever werd onderzocht en bevestigd.

In die lacune kan nu worden voorzien mits elke bepaling, die aan een jurisprudentiële aansprakelijkheidsregel wordt ontleend, effectief de grondwettelijkheidstoets doorstaat, met andere

---

<sup>3</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023. Toelichting, p. 11-14.

<sup>4</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023. Toelichting, p. 41-42.

woorden neerkomt op een, in publiekrechtelijke zin, redelijke beperking van de fundamentele rechten van de aangesprokenen en van het slachtoffer.

Die elementaire voorzorg dringt zich des te meer op ten aanzien van de, in het voorstel bijgespijkerde jurisprudentiële rechtsregels en van de “echte vernieuwingen”, die niet eens de test van de rechtspraak doorstonden.

De bijspijkingen en echte vernieuwingen moeten nog om een andere reden streng onder het vergrootglas worden gelegd.

In de regel worden zij, in de toelichting, door een weliswaar bondige, maar niettemin nuttige juridisch-technische toelichting vergezeld.

De maatschappelijke verantwoording, resp. relevantie van de bijspijking of vernieuwing blijft daarentegen ontoegelicht en onbesproken, hoewel die informatie voor de samenleving minstens even belangrijk is als de juridisch technische onderbouw.

## **Quo vadis opvoeding en onderwijs?**

5. Omdat vier van de zgn. echte vernieuwingen daarop betrekking hebben, wordt hierna, als voorbeeld, verwezen naar de wijze waarop in het wetsvoorstel met het vermoeden van aansprakelijkheid wordt omgegaan (de artikelen 6.13, 6.14, en 48). De maatschappelijke verantwoording van die aanpak is, op zijn minst, voor discussie vatbaar.

Hoewel opvoeding en onderwijs, op elke leeftijd maar voornamelijk voor jeugdigen, van vitaal belang zijn om op “globale en duurzame wijze de levenswijze (van elkeen voor te bereiden,) te organiseren en te controleren”<sup>5</sup> verdwijnen zij in het wetsvoorstel uit de taken, waarvoor ouders, adoptanten, voogden en pleegzorgers instaan (artikel 6.13), waarvoor personen die op grond van een wettelijke of reglementaire bepaling, een gerechtelijke of administratieve beslissing of een contract voor andere personen instaan (artikel 6.14, §1) en waarvoor onderwijsinstellingen (artikel 6.14 §2) en onderwijzers (artikel 48) instaan in het kader van het, op hen toepasselijke vermoeden van aansprakelijkheid.

---

<sup>5</sup> Citaat ontleend aan het voorgestelde artikel 6.14.

Het wetsvoorstel vernauwt het tegenbewijs immers tot het bewijs dat de schade niet het gevolg is van een fout in het toezicht (artikel 6.13 tweede lid; artikel 6.14 §3). De onderwijzers worden zelfs niet langer aan een vermoeden van aansprakelijkheid onderworpen (artikel 48).

In de toelichting wordt dit als volgt verantwoord: “In tegenstelling met de huidige rechtspraak is het tegenbewijs van goede opvoeding, dat een uitermate vaag begrip is, niet vereist.”<sup>6</sup>

Is dat een juiste inschatting? Is de opvoeding, die per ultimo de aansluiting op het democratische samenlevingsverband beoogt en nastreeft, een “uitermate vaag begrip”? Wat wordt in de gedragswetenschappen van dergelijke forse uitspraak gedacht?

**6.** Is de afbouw van het maatschappelijke belang dat ontegensprekelijk toekomt aan opvoeding en onderwijs, anders gezegd aan de voorbereiding op en de organisatie van eenieders levenswijze, die op globale en duurzame wijze op het democratische samenlevingsverband moet zijn afgestemd, wel verantwoord?

In de plaats van de opvoeding en het onderwijs, verstrekt door ouders, adoptanten, voogden, pleegzorgers, onderwijzers, onderwijsinstellingen en andere personen belast met het toezicht op anderen, weg te moffelen, verdienen zij integendeel te worden benadrukt. Zij bepalen immers de wets- en rechtsregelconforme effectieve uitoefening van de fundamentele rechten door de begunstigden van opvoeding en onderwijs, gedurende de rest van hun leven. Zonder – degelijke – opvoeding en onderwijs lukt dat nooit.

Wie anders dan de hiervoor vermelde personen kan daarvoor instaan? Wie kan de begunstigden van opvoeding en onderwijs de eerbied voor de democratisch tot stand gebrachte wet bijbrengen; wie kan hen aanleren hoe een normaal voorzichtig en redelijk persoon zich in dezelfde omstandigheden gedraagt?

---

<sup>6</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023, Toelichting, p. 62.

De centrale rol in ieders levensloop van opvoeding en onderwijs impliceert dat de personen die daarvoor instaan, de verantwoordelijkheid van hun tussenkomst nemen, minstens dragen. Zij horen rekenschap te geven van de door hen gegeven opvoeding en/of het verstrekte onderwijs wanneer minderjarigen, leerlingen, studenten en andere personen die onder hun toezicht staan, zich misdragen en daardoor aan anderen schade veroorzaken. De nobele taak van opvoeding en onderwijs alsdan tot louter “toezicht” herleiden, doet afbreuk aan de bescherming van de samenleving, van de slachtoffers en van de begunstigden die op een degelijke opvoeding en op degelijk onderwijs moeten kunnen rekenen.

### **Leiden open/vage begrippen en normen naar duidelijkheid en leesbaarheid?**

7. Terug naar de eerste krachtlijn, de duidelijkere en leesbaardere structuur van boek 6. Terecht wordt in de toelichting benadrukt “dat de artikelen 1382 en 1383 van het oud BW geen van de essentiële elementen van die aansprakelijkheid omschrijven” en dat het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht enkel kan worden begrepen “door kennis te nemen van de overvloedige rechtspraak en literatuur tot dewelke deze weinig talrijke artikelen aanleiding hebben gegeven”.<sup>7</sup>

De oplossing is dan ook snel gevonden: een structuur die “is opgebouwd rond de essentiële bestanddelen (...) (de verhouding tot andere aansprakelijkheidsregels, de tot aansprakelijkheid leidende feiten, het oorzakelijk verband, de schade en de schadeloosstelling)”, met inbreng van de, door de opstellers geselecteerde, al dan niet bijgespijkerde jurisprudentiële aansprakelijkheidsregels en de, door hen voorgestane “echte vernieuwingen”.<sup>8</sup>

8. Om aan de publieke redelijkheidstest te voldoen moet een wet of rechtsregel, die – zoals in het aansprakelijkheidsrecht steeds het geval is – de effectieve uitoefening van fundamentele rechten beperkt, o.m. voldoende toegankelijk en precies zijn, aldus de rechtspraak van het Straatsburgse Hof.<sup>9</sup> Die rechtspraak verwijst niet naar de duidelijke en leesbare structuur van een wetboek (of deel ervan), maar wel naar de inhoud van elke begrenzende wet of rechtsregel.

---

<sup>7</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023, Toelichting, p. 3.

<sup>8</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023, Toelichting p. 5.

<sup>9</sup> O.m. EHRM 15 oktober 2015, Kudrevicius, Litouwen, § 108-116.

De opname in boek 6 van al dan niet bijgespijkte jurisprudentiële aansprakelijkheidsregels verbetert, zonder twijfel, de formele toegankelijkheid van de, daartoe geselecteerde rechtspraak. Jurisprudentieel aansprakelijkheidsrecht is, zo benadrukt de toelichting, “niet erg duidelijk en voorspelbaar voor de burger”.<sup>10</sup> De in het wetsvoorstel geselecteerde rechtspraak ontsnapt aan die kritiek, maar treft daardoor des te harder de rechtspraak die niet wettelijk wordt verankerd.

Bovendien volstaat de opname in het wetsvoorstel niet om van een inhoudelijk ontoegankelijke en onduidelijke rechtsregel een voldoende toegankelijke en duidelijke bepaling te maken. Dat moet in concreto, in functie van de inhoud, zin en draagwijdte van elke rechtsregel, worden beoordeeld. Dat aan boek 6 een duidelijker en meer leesbare structuur wordt gegeven, is aan die beoordeling vreemd.

**9.** Op het vlak van inhoudelijke toegankelijkheid en duidelijkheid, stapelt het wetsvoorstel tekorten op. Ze zijn dermate talrijk dat het over een welbewuste keuze moet gaan. Om die pijnlijke vaststellingen te staven, wordt hierna bij wijze van voorbeeld stilgestaan bij het foutbegrip (de artikelen 6.7 tot 6.9). Aan de causaliteit (artikel 6.19) en aan het schadebegrip (de artikelen 6.25 – 6.27 en 6.33) worden afzonderlijke besprekingen gewijd.

Zoals vele andere bepalingen van het wetsvoorstel, bezwijken die artikelen onder eenzelfde euvel: een overdadig gebruik van zgn. “open” en “vage” begrippen, die van de aansprakelijkheidsregels, waarin zij voorkomen, even open en vage normen maken. Daardoor blijft van de “vrome wens” om het wetsvoorstel de zgn. rechtszekerheid in en de voorspelbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht te verbeteren, bijzonder weinig over.

Door na te laten kern- en andere aansprakelijkheidsbegrippen nauwkeurig te omschrijven neemt het wetsvoorstel de “soevereine beoordelingsvrijheid” van de feitenrechter, en, ultiem, van het Hof van Cassatie in bescherming.

Daarbij valt op dat niet wordt aangevoerd dat nauwkeurige omschrijvingen niet in het aansprakelijkheidsrecht passen of dat zij het petje van de wetgever te boven zouden gaan.

---

<sup>10</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023, Toelichting, p. 3.

Het lijkt erop dat een welberekende keuze aan de basis van de gevolgde werkwijze ligt, waardoor het “creatieve” zwaartepunt van het aansprakelijkheidsrecht het (omzeggens exclusieve) jachtterrein van de rechtspraak moet blijven. De wetgever wordt m.a.w. gebruikt om bestaande, al dan niet bijgespijkerde, jurisprudentiële aansprakelijkheidsregels en “echt vernieuwende” doctrinale inzichten te verankeren, maar moet de rechtspraak vervolgens, zoals eerder, het hoge woord laten voeren. Ook die werkwijze verdient, op zijn minst, overweging en debat.

**10.** Van de rechtspraak wordt terecht verwacht dat zij de – democratisch tot stand gekomen – wet, waarin ze zich blijvend moet integreren, afstemt op de diversiteit van de concrete geschillen waardoor Hoven en Rechtbanken worden gevat. De wetgever kan immers niet alles voorzien.<sup>11</sup>

In een democratie wordt evenzeer van de wetgever verwacht dat hij de rechter zo nauwkeurig mogelijke aanwijzingen geeft met betrekking tot de wijze waarop de wet, haar toepassingsvoorwaarden en sanctie moeten worden toegepast.

Die nauwkeurigheid bepaalt overigens het democratische gehalte van de jurisprudentiële toepassingen en van de, daarop gebaseerde rechtspraak, dit een materiële bron van recht is.

Wanneer de wetgever ertoe wordt aangezet om met open of vage toepassingsvoorwaarden te werken terwijl (veel) nauwkeuriger, wettelijke aanwijzingen over de wijze waarop die toepassingsvoorwaarden moeten worden uitgelegd, begrepen en toegepast, mogelijk zijn, loopt het democratisch verkeerd.

De omstandigheid dat het tussen (het ondemocratische) 1804 en 2023 nooit anders verliep of gebeurde, verantwoordt niet dat de wetgever, hic et nunc, die miskening van de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels voor de toekomst valideert.

## **Handel of gedraag ik mij foutief?**

**11.** Dat gezegd zijnde, komt de aangekondigde bespreking van het foutbegrip eraan.

---

<sup>11</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023, Toelichting, p. 3.



Artikel 6.7 § 1 omschrijft de fout als de schending van een wettelijke regel (waarom niet “wetsbepaling”) die een bepaald gedrag oplegt (waarom ook niet “verbiedt”.) ... of van “de” algemene zorgvuldigheidsnorm die geldt in het maatschappelijk verkeer.

Er zich bewust van zijnde dat “de” algemene zorgvuldigheidsnorm de rechtsonderhorige voor een raadsel plaatst, wordt in artikel 6.7 §2 ten beste gegeven dat “de” algemene zorgvuldigheidsnorm een gedrag vereist dat overeenkomt met dat van een (normaal?) voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst.

Vervolgens worden in dezelfde bepaling vijf omstandigheden opgesomd waarmee rekening kan worden gehouden bij de toepassing (is het niet eerder “de vaststelling”) van de (toepasselijke?) algemene zorgvuldigheidsnorm.

Kan de rechtsonderhorige of de jurist, die geen expert in het aansprakelijkheidsrecht is, op grond van artikel 6.7 §2 bepalen of de persoonlijke kenmerken van de aangesprokene (zoals de jeugdige leeftijd, de ouderdom, de zwaarlijvigheid, de gebeurlijke handicaps, de ervaring, de beroepsbezigheid...) kunnen, dan wel moeten meespelen om het gedrag uit te tekenen dat van een normaal voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst wordt verwacht? Behoren die persoonlijke kenmerken al dan niet tot “dezelfde omstandigheden”?

Welnu, artikel 6.7 §2 laat niet toe die vragen te beantwoorden. Zij worden impliciet aan de wijsheid van de rechter overgelaten, ofschoon het allesbehalve een krachttoer zou zijn om in de wetsbepaling daarop betrekking hebbende richtlijnen voor de rechter op te nemen.

## **Hoe ontsnap ik, ondanks mijn fout, aan aansprakelijkheid?**

**12.** Uit de artikelen 6.8 en 6.9 blijkt vervolgens dat een vastgestelde fout (miskenning van een wetsbepaling die een (wel)bepaald bedrag oplegt (of verbiedt), dan wel van de (toepasselijke) algemene zorgvuldigheidsnorm), ook wanneer zij schade heeft veroorzaakt, tot geen aansprakelijkheid leidt wanneer er zich een “grond van uitsluiting van aansprakelijkheid” voordoet.

Volledigheidshalve is hierbij aan te tekenen dat de, in de artikelen 6.8 en 6.9 vermelde gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid, grotendeels, “oude bekenden” zijn.

Anders is het op het vlak van het oorzakelijk verband (artikel 6.19 §2) en van de schade (artikelen 6.25-6.27), waar nieuwe gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid hun intrede doen, zonder als dusdanig te worden geïdentificeerd.

Overmacht blijkt de algemene grond van uitsluiting van aansprakelijkheid voor fout te zijn (artikel 6.8), terwijl in artikel 6.9 vijf specifieke uitsluitingsgronden aan bod komen.

Beide voorgestelde wetsbepalingen doen tal van vragen rijzen, die voor hun toepassingsgebied bepalend zijn, waarover die bepalingen en de toelichting het stilzwijgen bewaren ofschoon het slechts een kleine moeite zou zijn daarin klaarheid te brengen en de rechter aldus bij de les te houden, zoals hierna wordt aangetoond.

Wanneer een persoon zich in de onmogelijkheid bevindt om de toepasselijke gedragsregel na te leven, is er sprake van overmacht (artikel 6.8 eerste en tweede alinea).

Bij de beoordeling van de mogelijkheid wordt (kan?, moet?) rekening worden gehouden met het onvoorzienbare of onvermijdbare karakter van het feit (?) dat de naleving van de gedragsregel verhindert (artikel 6.8 derde alinea).

Artikel 6.8 laat echter in het midden of de onmogelijkheid al dan niet uitsluitend in het licht van de onvoorzienbaarheid of van de onvermijdbaarheid is te beoordelen. Kan de onmogelijkheid, met andere woorden, uit andere omstandigheden dan de onvoorzienbaarheid of de onvermijdbaarheid worden afgeleid?

Moeten onvoorzienbare omstandigheden bovendien niet onvermijdbaar zijn om tot onmogelijkheid en derhalve tot overmacht te besluiten? Kan een onvermijdbare omstandigheid overigens niet voorzienbaar zijn?

Zijn de onvoorzienbaarheid en de onvermijdbaarheid derhalve geen cumulatieve voorwaarden, die verenigd moeten zijn om tot onmogelijkheid en overmacht te besluiten?

Aan de hand van welk criterium moet de rechter beoordelen of er zich onmogelijkheid, onvoorzienbaarheid en onvermijdbaarheid voordoen? Moet die beoordeling enkel berusten op elementen die extern aan de aangesprokene zijn of kan (mag, moet) de rechter ook rekening houden

met haar/zijn persoonlijke kenmerken? Anders gezegd, zijn de beoordelingscriteria van de artikelen 6.7 en 6.8 identiek of verschillend?

Het lijkt echt niet zo moeilijk om over al die aspecten stelling te nemen.

## **Aan keuze geen gebrek: de onoverwinnelijke dwaling**

**13.** Boven artikel 6.9 stapelen de onweerswolken zich verder op.

Hoewel de vijf, in artikel 6.9 opgelijste “andere gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid voor fout” gemakkelijk in verband zijn te brengen met de onmogelijkheid, de onvoorzienbaarheid en de onvermijdbaarheid, waarover artikel 6.8 het heeft, wordt dat manifeste verband onvermeld en ongebruikt gelaten.

Artikel 6.9 gaat integendeel tekeer met een wirwar van begrippen die slechts halvelings of helemaal niet worden gekaderd, terwijl daarmee – gelet op de beschikbare rechtspraak – geen eer is te rapen.

Hier gaan we: de onoverwinnelijke dwaling (artikel 6.9.1°) wordt omschreven als een verkeerde voorstelling van de feiten of het recht. Wil de wetgever echt dat elke verkeerde voorstelling van de feiten of “het recht” (de toepasselijke rechts- of gedragsregel?) door de rechter als een uitsluitingsgrond van aansprakelijkheid kan worden aangewend? Zijn de praktische gevolgen daarvan ingeschat of begroot? Wat is in die veronderstelling overigens nog de toegevoegde waarde van het adjectief “onoverwinnelijk”?

## **De noodtoestand**

**14.** De noodtoestand is volgens artikel 6.9.2° een uitsluitingsgrond die “noodzaakt een belang te vrijwaren dat aan een ernstig en dreigend gevaar is blootgesteld en waarvan de waarde hoger is dan het prijsgegeven belang”.

Het klinkt goed, maar kan de wetgever zomaar aan de rechter overlaten om, geval per geval, te bepalen wiens en welk “belang” voor vrijwaring in aanmerking komt en wiens en welk “belang” moet worden prijsgegeven? (cfr. artikel 6.9.4°).

Over welke “waarde” moet de rechter zich overigens uitspreken? Is die waarde op te vatten in financieel, moreel, maatschappelijk... opzicht?

Indien het over de geldwaarde van de belangen gaat, welke waarderingmethode moet de rechter op het gevrijwaarde en het prijsgegeven belang toepassen? Moet dezelfde waarderingmethode op beide belangen worden toegepast?

Indien het over een andere waarde gaat, is de vraag aan de hand van welk criterium de rechter aan het gevrijwaarde belang een “hogere” waarde moet geven dan aan het prijsgegeven belang? Wordt die “hogere waarde” in functie van de zich voordoende omstandigheden bepaald of liggen de waardeverhoudingen tussen alle mogelijke belangen – vooraf -, geheel of deels, vast? Waar kan de rangorde, in laatstgenoemde hypothese, worden gevonden?

Kunnen alleen eigen of persoonlijke belangen worden gevrijwaard of kunnen ook de belangen van derden (onbeperkt?) worden gevrijwaard?

### **Het bevel van de wet of van de overheid.**

**15.** Het bevel van de wet of van de overheid is de volgende grond van uitsluiting van aansprakelijkheid (artikel 6.9.3°). Kan de rechter elk bevel van de wet of van de overheid als aansprakelijkheidsuitsluitende grond aanmerken? Moet de wetgever niet minstens voorzien dat het bevel van de bevoegde wetgever of overheid uitgaat?

### **De wettige zelfverdediging**

**16.** De wettige zelfverdediging maakt haar opwachting als vierde aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond, mits het verweer noodzakelijk is ingevolge een onrechtmatige aantasting van de eigen fysieke integriteit of van een acute dreiging hiervan en dit verweer proportioneel is aan de aantasting of dreiging. Is het echt een onmogelijke opdracht om de rechter, met een nauwkeuriger omschrijving van de proportionaliteitstest, bij die beoordeling te helpen? In het publiekrecht ligt desbetreffend informatie voor

het rapen. Zou de proportionaliteitstest overigens niet even nuttig zou zijn in de hypothese van een noodtoestand (artikel 6.9.2°)?

Waarom wordt de wettige zelfverdediging trouwens beperkt tot de eigen fysieke integriteit, terwijl de noodtoestand op elk te vrijwaren belang betrekking kan hebben? Kan dat verschil in behandeling in het licht van het gelijkheidsbeginsel standhouden? Het wetsvoorstel moet daarover stelling nemen.

Dezelfde bekommernis leidt tot de vraag of de (wettige) verdediging van de fysieke en de psychische integriteit niet dezelfde bescherming verdient, ongeacht of zij uitgaat van een persoon die zichzelf verdedigt, dan wel van een persoon die opkomt voor haar/zijn partner, voor een minderjarige waarop hij/zij gezag heeft, voor haar/zijn ouders en van andere naasten (zoals kleinkinderen, grootouders, broers, zusters, ...).

### **De kers op de taart: de toestemming van de benadeelde.**

17. In cauda venenum est: artikel 6.9.5° maakt van de geldige toestemming van de benadeelde met de aantasting van belangen waarover deze kan beschikken, een grond van uitsluiting van aansprakelijkheid. Het is de enige grond van uitsluiting waarop in de toelichting wordt ingegaan.

Wat is het voorwerp of de draagwijdte van de geldige (rechtsgeldige?) toestemming? De benadeelde moet er rechtsgeldig mee instemmen dat een ander persoon “belangen” aantast waarover hij/zij kan beschikken.

Waarom zou het vooreerst, zoals het wetsvoorstel en de toelichting voorhouden, aan de rechter en niet aan de wetgever toekomen om te bepalen wat onder “belangen” in de zin van artikel 6.9.5° is te verstaan, enerzijds, en welke de belangen zijn waarover de benadeelde niet kan beschikken, anderzijds?

Vermits het voorstel spreekt van “de benadeelde” gaat het, in elk geval, over een persoon die door de fout van een ander schade heeft geleden en daardoor over een vordering tot schadeloosstelling jegens de foutaansprakelijke beschikt (artikel 6.6). Die vordering wordt echter “uitgesloten” doordat de

benadeelde (vooraf?) geldig (rechtsgeldig?) instemde met een schadeberokkenende aantasting van de belangen, waarover hij/zij kon beschikken.

Wat is hier aan de hand? Kan geen klaardere wijn worden geschonken?

De schade die een benadeelde lijdt, in welke vorm ook (de artikelen 6.26, 6.36, 6.38, 6.40), is steeds het gevolg van de aantasting door de aansprakelijke, via een feit dat tot aansprakelijkheid leidt, van één of meerdere fundamentele rechten van de benadeelde.

Door die aantasting wordt de benadeelde geraakt in haar/zijn leven, fysieke en/of psychische integriteit, gezondheid, bewegingsvrijheid, privéleven, meningsvrijheid, eigendom, ... die door haar/zijn fundamentele rechten worden beschermd.

Vermits de democratie aan elke titularis de effectieve uitoefening van haar/zijn fundamentele rechten garandeert, kan de aantasting van andermans fundamentele rechten niet als een "fait divers" worden weggewuifd. De schade die een benadeelde lijdt, herschikt in min of meerdere mate de wijze waarop het slachtoffer haar/zijn fundamentele rechten eerder effectief kon uitoefenen. Schade herschikt trouwens vaak niet enkel de levensloop en de levensomstandigheden van de benadeelde, maar ook die van de personen waarvoor hij/zij – op welke wijze ook – instaat. Zij verandert de wijze waarop de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, worden getroffen, zich voortaan in het samenlevingsverband kunnen en zullen gedragen.

**18.** Schade(berokkening) is duidelijk geen "fait divers" en het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht bewijst dat. In een democratie strekt die rechtstak ertoe de aantasting van andermans fundamentele rechten te voorkomen (gebods- en verbodsbepalingen; rechterlijke bevelen,...) en, wanneer zulks niet mogelijk blijkt te zijn, om de berokkende schade in de mate van het mogelijke te herstellen, niet enkel voor de benadeelde, maar ook voor de onrechtstreekse slachtoffers (naasten, het samenlevingsverband). De verwijzing naar de samenleving hoeft niet te verbazen: het aansprakelijkheidsrecht is immers zelf een samenlevingsproduct.

In die context ligt het niet, zonder meer, voor de hand dat de benadeelde, zelfs met een geldige (rechtsgeldige en voorafgaande?) toestemming, ten gunste van een aansprakelijke een

uitsluitingsgrond in het leven kan roepen, terwijl de (democratische) samenleving wenst dat hij/zij, gedurende haar/zijn leven, beschikt over effectief welgeoefende fundamentele rechten, waarvoor hij/zij jegens zichzelf, zijn naasten en de samenleving instaat. Op zijn minst, moet de wetgever daarover stelling nemen en zich niet vergenoegen met de invoering van een “wettelijke grondslag” voor de zogenaamde toestemming van de benadeelde zoals nu in artikel 6.9.5° is aan te treffen.<sup>12</sup>

**19.** Ook wanneer het verenigbaar met de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels zou worden geacht dat een benadeelde de bescherming van zijn fundamentele rechten opgeeft door een ander persoon toe te laten haar/hem schade te berokkenen, wordt daaraan in het voorstel een al te lakse omkadering gegeven

In de toelichting klinkt het als volgt: “Dit houdt in dat de benadeelde uit vrije wil heeft toegestemd, zij het dat dit stilzwijgend kan gebeuren, en dat de toestemming betrekking heeft op aantasting van de belangen die tot schade heeft geleid. Bovendien kan de benadeelde niet toestemmen in de aantasting waarover hij niet kan beschikken, wat bijvoorbeeld het geval is voor de aantasting van persoonlijkheidsrechten, doding en bepaalde sadomasochistische praktijken...”<sup>13</sup>

Wat moet de rechter, die artikel 6.9.5° moet toepassen, hiermee aanvangen? Er wordt haar/hem een moeras voor de voeten gegooid, terwijl dat helemaal niet nodig is.

Uit o.m. de medische sector, weten we immers sinds geruime tijd wat met “informed consent” wordt bedoeld en hoe daarmee is om te gaan. Een “vrije, zelfs stilzwijgende wil” is vragen om (onoplosbare) moeilijkheden.

De aansprakelijke moet integendeel bewijzen dat hij/zij de benadeelde voorafgaandelijk, volledig, heeft ingelicht over de, precies omschreven, schade die hij/zij zal of kan veroorzaken, die informatie moet schriftelijk worden meegedeeld, de toestemming moet eveneens schriftelijk worden gegeven, de toestemming van de benadeelde moet rechtsgeldig zijn niet enkel op het vlak van de vrije wilsuiting, maar ook wat betreft de bekwaamheid, het voorwerp en de oorzaak en de toestemming moet restrictief

---

<sup>12</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023, Toelichting, p. 56.

<sup>13</sup> Wetsvoorstel van 8 maart 2023, Toelichting, p. 56.

worden uitgelegd zodat zij enkel uitwerking krijgt met betrekking tot de schade waarop de toestemming betrekking had.

**20.** Mocht de inzet van het debat niet zo dramatisch zijn, dan zou de, bij wijze van voorbeeld in de toelichting gegeven opsomming van “belangen” waarover de benadeelde niet kan beschikken (de aantasting van persoonlijkheidsrechten, doding en “bepaalde” sadomasochistische praktijken) als een grapje kunnen worden weggezet.

Het gaat hier evenwel niet over, in het wetsvoorstel en in de toelichting (onbepaald gelaten) “belangen”, maar wel over de aantasting van de effectieve uitoefening van fundamentele rechten. Om goede redenen, meent het Straatsburgse Hof dat alle fundamentele rechten gelijkwaardig zijn. Zij zijn immers onafscheidelijk van elkaar door hun complexe, onderlinge verbondenheid en verwevenheid. De aantasting van één fundamenteel recht leidt, steeds, meteen of op termijn, rechtstreeks of onrechtstreeks, tot de aantasting van één of meer andere fundamentele rechten, zowel bij de rechtstreekse, als bij de onrechtstreekse slachtoffers.

Indien, zoals uit de exemplatieve opsomming in de toelichting blijkt, niet over het recht op leven of over het recht op integriteit (somasochistische praktijken) kan worden beschikt, kan dat ook niet met betrekking tot andere fundamentele rechten gebeuren. Het analgaam “belangen” kan daaraan niets veranderen.

In de Straatsburgse rechtspraak wordt met een, in concreto nader uit te werken, ander criterium gewerkt om een gebeurlijke beschikkingmogelijkheid af te bakenen.<sup>14</sup>

## **Een duidelijke en leesbare boodschap**

**21.** Terwijl het wetsvoorstel ambieert duidelijk en leesbaar te zijn, althans die boodschap luid in de toelichting laat doorklinken, is de vraag onontkoombaar of het wetsvoorstel het wel beter doet dan het actuele buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

---

<sup>14</sup> Zie daarover L. Cornelis, *Openbare orde. Liber amicus*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 759-764.



Na een eerste kennismaking met de artikelen 6.7, 6.8 en 6.9 overheerst de indruk dat het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht zal blijven wat het nu reeds is: rechtersrecht. Niet de opname in boek 6 van (geselecteerde) jurisprudentiële (rechts)regels is daarvan de oorzaak, maar wel het overdadig gebruik van begrippen die vaag en open blijven omdat wordt nagelaten ze nauwkeurig, precies en bruikbaar, te omschrijven, ofschoon dat perfect mogelijk is.

Indien de wetgever zich zulks, bij veronderstelling, laat welgevallen, gaat hij voorbij aan de verplichting om er, via duidelijke richtlijnen, voor te zorgen dat de rechtspraak zich ontwikkelt in overeenstemming met de voorranghebbende, democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels.

Op het vlak van de artikelen 6.7, 6.8 en 6.9 zal hij daartoe talrijke aanvullingen en omschrijvingen moeten invoegen, die ervoor zorgen dat de rechtspraak zich in overeenstemming met boek 6 en, uiteindelijk, met de voorranghebbende normen ontwikkelt.

In afzonderlijke bijdragen wordt dat onderzoek tot het oorzakelijk verband (artikel 6.19) en tot het schadebegrip (artikelen 6.25-6.27 en 6.33) uitgebreid: spektakel gegarandeerd.