

Het begrip 'ZWARE FOUT' in het aansprakelijkheidsrecht en in het verzekeringsrecht

Jan Velaers

Het begrip 'zware fout', waarvan in artikel 16 van de verzekeringswet wordt gezegd dat ze niet verzekeraar is, heeft geen plaats in het gemeenrechtelijk aansprakelijkheidsrecht.

Immers, noch de (quasi)-delictuele aansprakelijkheid, noch de contractuele aansprakelijkheid laten ruimte voor enige gradering in het foutcriterium.

En waar in de rechtspraak de 'zware fout' occasioneel toch wordt gehanteerd met betrekking tot de professionele aansprakelijkheid (we onderzochten die van de advocaat, de geneesheer en de notaris) berust dit op een misverstand.

In het verzekeringsrecht heeft de 'zware fout' een eigen inhoud, welke de stempel draagt van de verzekeringstechniek.

Zo vindt U, lezer, in het voorwoord van deze studie de conclusies, '*quae nunc probandae sunt*'.

HOOFDSTUK I : HET GEMEENRECHTELIJK FOUTBEGRIIP

A. DELICTUELE AANSPRAKELIJKHEID

Eenzelfde geest van vereenvoudiging bij de opstellers van het burgerlijk wetboek, lag ten grondslag aan de uniformisering van het aquiliaanse foutgegriep en aan de verdwijning van de driedelige indeling van de contractuele fout uit het oude Franse recht.

Nochtans heeft het burgerlijk wetboek in de titel over de extra-contractuele aansprakelijkheid (boek III titel IV hfst. II) in het foutbegrip een onderscheid gemaakt tussen misdrijven en oneigenlijke misdrijven. Dit onderscheid is in hoofdzaak historisch te verklaren. Het bestond reeds in het Romeinse recht doch met een totaal andere draagwijdte dan er vandaag aan toegekend wordt (1).

De delictuele aansprakelijkheid bestond aanvankelijk slechts in de gevallen strikt beschreven in de wet. De praetoren voegden daar de aansprakelijkheid in vier gevallen aan toe:

(1) MAZEAUD, *Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, 402; DEKKERS, *Handboek van Burgerlijk recht* II, 209.

- *Si iudex litem suam fecerit*: d.i. wanneer een rechter een onjuist vonnis heeft gewezen, zij het uit nalatigheid of onkunde

- *Actio de effusis et dejectis*

- *Actio de positis et suspensis*: aansprakelijkheid wegens schade toegebracht door het gieten of werpen van iets uit een bovenverdieping of door het plaatsen of ophangen van iets boven het voetpad.

- Aansprakelijkheid van reders, herbergiers, hotelhouders en stalhouders voor bedrog vanwege aangestelden.

Bij de systematisatie in de Instituten van Justinianus werden deze gevallen geplaatst onder de hoofding '*obligationes quasi ex delicto*' (J. 4,5) waarschijnlijk omwille van het niet vrijwillig verwekken van de schade als gemeenschappelijk kenmerk (2).

In het oude recht verwaterde het onderscheid tussen delict en quasi delict. Het werd nog voorzichtig geformuleerd door de Bartolisten, dan op een meer categorieke wijze door de Humanisten en hun opvolgers, maar het zal doorheen de definities van Domat et Pothier zijn dat we kunnen begrijpen wat de opstellers van de Code Civil beoogden met hun onderscheid.

Domat schrijft: 'On distingue trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommage; celles qui vont à un crime ou à un délit, celles qui n'ont point de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si, par légèreté on jette par une fenêtre quelque chose qui gêne un habit, si des animaux mal gardés font quelque dommage; si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine tombe sur un autre et y fait du dommage. (3)'

Pothier definieert: 'On appelle délit le fait par lequel une personne par dol ou malignité cause du dommage ou quelque tort à une autre. Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à une autre personne.»

Deze tweedeling op het terrein van Aquiliaanse aansprakelijkheid werd overgenomen in de titel 'Misdrijven en Oneigenlijke misdrijven' welk onderscheid we ook terugvinden, op het domein van de persoonlijke aansprakelijkheid tussen art. 1382 en 1383 B.W. Het criterium om delicten van quasi delicten te onderscheiden is een subjectief, moreel criterium: was er de bedoeling om schade te berokkenen of niet (5). Over deze 'bedoeling om te schaden' bestaan twee opvattingen (6). De meerderheidsopvatting is dat wanneer de schadelijke gevolgen voorzien en gewild zijn er opzet is, een minderheidsopvatting bestempelt reeds het hebben voorzien van de schade als voldoende om van opzet te spreken.

(2) CHASTAIGNET, *Contribution à l'étude historique et critique de la notion de quasi-délit*, Bourdeaux, 1921, p. 84-85.

(3) DOMAT *Lois civiles*.

(4) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 116.

(5) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n° 980; MAZEAUD, *Traité*, I, n° 47; LAURENT, *Cours élém.*, III, n° 34; DALCQ *Traité*, K, I, n° 3

(6) PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle* p. 78 n° 74

Het belang van het onderscheid is echter gering in het leerstuk van de onrechtmatige daad. Traditioneel neemt men aan dat de graad van de fout geen gevolgen heeft voor het bestaan van de aansprakelijkheid en de omvang van de schadevergoeding. Laten we dit onderzoeken.

Men begaat een fout wanneer men zich anders gedraagt dan men zich gedragen moest.' 'De graad van de fout speelt in de Aquiliaanse aansprakelijkheid geen rol, de minste afwijking van de norm, de lichtste fout volstaat; 'In de lege Aquilia et culpa levissima venit'. (7)

Dit is de traditionele opvatting zoals laconiek verwoord door Dekkers. Het principe werd reeds gesteld door Domat (8), Bertrand de Greuille (9) nam het over in zijn rapport voor het Tribunaat en gaf er de verantwoording voor: 'On pourrait, au premier aspect, se demander si cette conséquence n'est pas trop exagérée, et s'il n'y a pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse ou du malheur et à laquelle son coeur ou son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public: c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui ne souffre. Partout où elle aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer; et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait.»

Het principe is duidelijk: de lichtste afwijking van de norm is voldoende. Nuancering is echter geboden teneinde misverstanden te voorkomen. Starck meent in de rechtspraak te ontdekken dat een onderscheid moet gemaakt worden volgens de aard van de schade: voor de lichamelijke en de materiële schade zou de lichtste inbreuk volstaan terwijl de morele schade slechts dient vergoed wanneer het gaat om een inbreuk welke 'l'homme moyen' niet zou begaan (bv. bij oneerlijke mededinging, literaire kritiek enz.)

Als argument voor dit onderscheid haalt hij aan: 'Or la loi Aquilia ne s'appliquait pas à tous les dommages, mais seulement aux dommages corporels et matériels.' (10)

Zonder een standpunt in te nemen over het rechtshistorisch probleem dat hier aan de orde is, kunnen we stellen dat in de Belgische rechtsleer en rechtspraak het bedoelde onderscheid niet wordt gemaakt.

Een onderscheid dat wel toelaat recht te doen aan de algemene draagwijdte van het adagium «In lege Aquila...» is dat, volgens de aard van de juridisch gesanctioneerde gedragsnorm. (11)

(7) DEKKERS, *o.c.*, II, n° 219, 221; zie ook de klassieke bepaling van DABIN, *R.C.J.B.*, 1959 p. 57, n° 15

(8) DOMAT, *Lois Civ.*, I er Partie, liv. II tot VIII sec. IV n° 1, edit. Remy, I p. 480.

(9) BERTRAND DE GREUILLE, *Rapport in Fenet XIII*, p. 474; Loaré XIII, p. 40 n° 9, indezelfde zin TERRIBLE, *Discours prononcée devant le corps législatif*, Fenet XIII, p. 487, Loaré XIII, p. 57-58, n° 19

(10) STARCK B., *Droit civil Les Obligations*, p. 121, n° 288

(11) VANDENBERGHE H., *Onrechtmatige daad, Het Aquiliaanse foutbegrip*, p. 6.

De vereiste, met aansprakelijkheid gesanctioneerde gedragsnorm kan enerzijds zijn, een welbepaalde gedraging, verboden of geboden, door wetten of reglementen. Hier maakt elke inbreuk een fout uit (12). Het gaat om resultaatsverplichtingen, wie eraan tekortschiet is aansprakelijk voor de veroorzaakte schade.

Anderzijds zijn er de inspanningsverplichtingen in tal van wetten neergelegd, waaronder de algemene plicht van voorzichtigheid en voorzorg uit art. 1382-1383 B.W. ; zij leggen op of verbieden een niet nader bepaalde gedraging (13).

Om deze onbepaalde gedragsnorm nader te specificeren, zal de rechter de 'bonus pater familias' ten tonele voeren ter objectivering (14). 'Die goede huisvader is batman niet, een perfect mens zonder enige inzinking, en die zich in alle omstandigheden smetteloos gedraagt. Het gaat om een 'normale' mens met zijn limites en onvolkomenheden, maar die een normale zorg aan eigen zaken besteedt. (15)'

Deze bonus pater familias vermijdt voorzienbare schade.

Elke tekortkoming of nalatigheid is dus nog geen fout. Meent de rechter dat de 'bonus pater familias' zich niet anders zou gedragen hebben, dan luidt zijn besluit ; al is het gedrag niet perfect er is geen fout in de zin van art. 1382.

Wil men het Romeinse adagium 'In lege Aquila et culpa levissima venit' ten aanzien van middelverplichtingen handhaven dan dient men het zo te begrijpen dat de lichtste afwijking van het refertebeeld aansprakelijkheid teweegbrengt.

Noodzakelijk moet dit abstract criterium geconcretiseerd worden immers 'l'homme prudent, l'homme avisé n'est qu'un être fictif, inconditionné qui ne vit à aucune époque définie, qu'on ne peut situer en aucun milieu... Un pareil type de comparaison n'existe pas. (26)' Daarom moet de 'bonus pater familias' gesitueerd worden in dezelfde omstandigheden als de schadeverwekker. De concretisering mag er echter niet toe leiden de bonus pater familias, zoals Mazeaud het uitdrukt, te plaatsen 'dans la peau et dans la conscience de l'auteur du dommage (17)'

Zo'n beoordeling in concreto zou de aansprakelijkheid immers doen afhangen van al te subjectieve criteria (18).

(12) DALCQ, *Traité*, I n° 301-302; MAZEAUD, TUNC, *Traité*, I, n° 416.

(13) DALCQ, *Traité*, I n° 307, VANDENBERGHE H., *o.c.*, p. 8 ev.

(14) DE PAGE, *Traditè, élém.*, II, n° 944; DEKKERS, *o.c.*, II, n° 219, DALCQ, *Traité*, I, 26, MAZEAUD TUNC, *Traité*, I, n°, 417, ev.

(15) VANDENBERGHE H., *o.c.*, p. 5.

(16) MAZEAUD, *Traité* I, p. 347, n° 429.

(17) MAZEAUD, *Traité* I, p., 349, n° 430.

(18) MAZEAUD maakt het onderscheid tussen externe omstandigheden, die wel en interne omstandigheden die niet in aanmerking komen (*Traité* n° 429). Terwijl SAVATIER een theorie over het 'relatief subjectivisme' ontwikkelt. (*Traité de la responsabilité en droit civil Français*, I, 167, zie infra).

De burgerlijke rechter, anders dan de strafrechter, die bij de bepaling van de straf alle (verzwarende en verzachtende) omstandigheden in aanmerking neemt, zoals persoonlijke gesteldheid van de dader, zijn milieu, enz., moet de aansprakelijkheid objectief beoordelen. Waar de limiet ligt van de concretisering, maakt de rechter uiteindelijk zelf uit.

Ook bij de bepaling van de verschuldigde schadevergoeding speelt de zwaarte van de schuld principieel geen rol, (19) ook niet bij de bepaling van de morele schade (20).

'De schade en niets dan de schade verschafft de maat van de schadeloosstelling' (21).

Dit wordt verklaard doordat, anders dan in het strafrecht, er geen sprake is van billijke bestraffing van de dader, doch enkel van volledige schadeloosstelling van het slachtoffer.

Slechts auteurs (22) die schadeloosstelling als een burgerlijke straf beschouwden, pleitten eertijds voor proportionaliteit tussen de zwaarte van de fout en de schadeloosstelling.

Zo schrijft Domat (23): 'De quelque nature que soit le dommage, et quelque cause qu'il puisse avoir, celui qui est tenu, doit le réparer par un dédommagement proportionné ou à sa faute ou à son délit ou autre cause de sa part, et la perte qui en est arrivée...'

De schadeloosstelling gebeurt, aldus Domat '... avec un tempérament de justice et d'humanité, selon la qualité du fait qui aurait donné sujet au dommage, celles des personnes et les autres circonstances qui pourraient le demander.'

Verschillende auteurs (24) stellen dat nog steeds de rechter wel degelijk rekening houdt met de zwaarte van de fout, dit uit een morele noodzaak om de schadeloosstelling aan de schuld te koppelen. Ook zou volgens bepaalde auteurs (25) de niet intentionele fout van het slachtoffer / respectievelijk de dader, opgeslorpt worden door de intentionele fout van de dader / respectievelijk het slachtoffer, zodat er geen aansprakelijkheidsverdeling plaats heeft.

(19) DE PAGE *o.c.* II, n° 907; DEKKERS, *o.c.*, n° 212; MAZEAUD, *Traité*, II, n° 2264. PLANIOL, RIPERT, IV, n° 681, BAUDRY, LACANTINERIE, n° 2874; DEMOGUE, IV, n° 455-466, DALCQ, *Traité*, n° 289.

Anders bepaalt het Zwitsers burgerlijk recht dat een lichte fout een vermindering van schadevergoeding betekent. art. 43 al. 1 CO; zie *DESCHENAUX TERCIER, La responsabilité civile*, Berne, 1975.

(20) Dit werd verdedigd door CRICK M., *L'Element degré de la faute doit-il être pris en considération*, B.J., 1939, 417.

(21) RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, p. 250.

(22) LAURENT, *Principes II*, n° 530; SOURDAT, *Traité générale de la responsabilité*, I, 657, STARCK *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, 1947.

(23) DOMAT, *Les lois civiles*, Liv. III, Tit V, *Inleiding*, en Liv II tit VIII Sect. III n° 5.

(24) Zie Savatier. *Traité*, n° 61, p. 187.

(25) DE PAGE, *o.c.*, n°907 DALCQ R., *o.c.*, n° 298; AUBRY, RAY, *Droit civil français*, VI p. 132, RIPERT, BOULENGER, *Traité droit civil*, p. 375, n° 952; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN *Obligations*, n°570, DEMOGUE, *Obligations*, IV n° 797.

B. CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

De contractuele fout (onderscheiden van het bedrog) werd in het oude Franse recht onderverdeeld in 'zware fout', 'lichte fout' en 'lichtste fout'. Pothier definieert de culpa lata als de fout die 'consiste à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs propres affaires', de culpa levis beantwoordt 'au soin ordinaire que des personnes prudents apportent à leurs affaires', de culpa levissima 'consiste à ne pas apporter le soin que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires.' (26)

De gevolgen in het oude recht van deze gradatie waren dat in geval van opzet en de daarmee gelijkgestelde zware fout de debiteur steeds aansprakelijk was, welke ook de aard van de contractuele verbintenis was. De culpa levissima bracht slechts aansprakelijkheid mee voor de contracten aangegaan in het uitsluitend voordeel van de debiteur, terwijl deze voor zijn culpa levis steeds aansprakelijk was behalve voor de contracten aangegaan in het uitsluitend belang van de schuldeiser. (27)

Reeds Lebrun in de 18de eeuw bracht kritiek uit op het gemaakte onderscheid. Hij wees erop dat deze gradatie in het Romeinse recht onbestaande was. (28)

Het Burgerlijk wetboek hanteert in art. 1137 inzake contractuele aansprakelijkheid de culpa levis in abstracto als schuld criterium. (29)

Van belang bleef het onderscheid bedrog-fout voor de omvang van de schadevergoedingsplicht (art. 1150 B.W.), de geldigheid van de exoneratieclausules (art. 1152 gecombineerd met art. 6 B.W.) en van strafclausules (art. 1153 infine).

Zolang het regime van de zware fout met dat van de opzet werd gelijkgesteld krachtens het adagium 'culpa lata dolo aequiparetur', was ook het onderscheid zware fout-gewone fout relevant.

De gelijkschakeling van de zware fout aan het opzet behoort echter sinds de belangwekkende mercuriale van Hayoit de Thermicourt (30) van 15 september 1957 en het cassatie arrest van 25 september 1959 tot het verleden, hetgeen een 'éclipse' inluidde voor het begrip 'zware fout'. Immers noch wat betreft de omvang van de schadevergoeding, noch voor de geldigheid van de exoneratie- en strafclausules is het nog relevant de zwaarte van de fout op te werpen.

Het cassatie arrest van 25 september 1959 (31) betekent dat men zich van

(26) POTHIER, *Traité des obligations*, II, p. 497.

(27) PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 1972, p. 228, n° 739; W.A. WEIL, *Les obligations*, n° 387.

(28) LE BRUN, *Essai sur la prestation des fautes*, besproken bij WEIL TERRE, *Droit civil, Les Obligations*, p. 444.

(29) VAN DE PUTTE *De overeenkomst*, p. 165.

(30) HAYOIT DE THERMICOURT, *Bedrog en grove schuld op het stuk van het niet nakomen van contracten*, R.W. 1957-1958, 65.

(31) Cass. 25-9-1959, *Pas.*, 1960 I 113; R.C.J.B., 1960, 5, met noot J. DABIN, zie ook

de aansprakelijkheid voor eigen zware fout (en zelfs voor het opzet van de aangestelde) kan ontdoen. De 'zware fout' wordt niet meer gelijkgesteld aan het eigen opzet waarvoor men steeds aansprakelijk blijft. In Frankrijk (32) houdt men nog steeds vast aan het adagium 'culpa lata dolo aequiparatur' met uitzondering van de exoneratieclausules inzake maritiem en ferroviair goederenvervoer. (33) De gradatie van het foutbegrip in de contractuele aansprakelijkheid blijft er dus van belang. Het Franse Hof van Cassatie heeft zich trouwens een controlebevoegdheid toegemeten voor wat de uitspraak over de zwaarte van de fout betreft. (34)

Welke was de betekenis van deze contractuele «zware fout»

De *zware fout* onderscheidt zich allereerst van het *bedrog*.

Terwijl het bedrog in de klassieke opvatting de bedoeling om te schaden veronderstelt (35), is de zware fout een niet opzettelijke fout (36). De auteur van de zware fout is niet te kwader trouw (37).

Vooraf in Frankrijk (38) heeft zich echter de tendens voorgedaan om de binding tussen bedrog en bedoeling te schaden, in vraag te stellen, zodat een verruimd bedrog-begrip tot stand kwam, waar niet de bedoeling om te schaden als criterium dient doch wel de manifeste wil om niet te doen wat noodzakelijk is om het contract uit te voeren.

Cass. 29-9-1972, *R.W.*, 1972-1973, 1179, voor exoneratie uit de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

(32) Unanieme rechtspraak en rechtspraak en rechtsleer besproken o.a. bij HAYOIT DE THERMICOURT *o.c.*.

(33) Sinds de cassatie, arresten: Cass. Fr., 15-3-1869 SI 225 (ferroviair transport) en Cass. Fr., 9-7-1934, *D.*, 1955, p. 1, noot RIPERT.

(34) Cass. Fr., 25-2-1931, *Gaz. Pal.*, 1931, I, 631; Cass. Fr., Req., 22-2-1932, D.P. 1932, I, 25, noot ROUAST, Cass. Fr., 8-1-1945, *Gaz. PAL.*, 1945, I, 100; Het hof van Cassatie heeft tot hier toe echter nooit de 'zware fout' gedefinieerd. Zie hierover Rieg, *Jur. Cl., Contrats et obligations responsabilité contractuelle* Fasc VIII.

LEGROS, *Le contrôle de la cour de Cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne*, R.G.A.R., 1977, 9692.

(35) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge, II*, n° 590; R.P.D.B., *Tome XI Responsabilité*, n° 143; DALCQ, *Traité, I*, 284; DABIN, noot bij Cass., 25-9-1959, *R.C.J.B.*, 1960 p. 70.

(36) DE PAGE, *III*, n° 591 bis; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, n° 24; RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, p. 95.

(37) VANDEPUTTE, *De Overeenkomst*, p. 169; WEIL TERRE, *Droit civil*, p. 452; JAMBU MERLIN *Dol et faute lourde, D.*, 1955, Chr. 89S; ROUAST, *Les grandes adages coutumiers dans le droit des obligations*, 1953, p. 138.

(38) MAZEAUD, TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, n° 409: 'une erreur de conduite caractérisée que peut inspirer soit le désir de faire de mal à autrui, soit parfois la complète insouciance des intérêts des autres, JAMBU MERLIN, *o.c.*, 'tout acte volontaire qui manifeste l'intention du débiteur de ne pas se mettre en condition d'exécuter, CARBONNIER, *o.c.*, IV, n° 72, 'la malhonnêteté du débiteur essayant de propos délibéré de se soustraire à ses engagements, WEIL TERRE, *o.c.*, n° 405, 'tout acte coupable légalement et moralement par lequel le débiteur refuse d'exécuter son obligation.', MARTY RAYNAUD, *Droit civil*, II, n° 31.

Deze visie werd door het Franse Hof van Cassatie bevestigd 'le débiteur commet une faute dolosive lorsque de propos délibéré il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son co-contractant (39)'.

Het bedrog situeert zich dan tussen de klassieke dolus en de culpa lata. Dabin heeft voorgesteld deze drie begrippen als volgt te definiëren:

'C'est que la faute intentionnelle(dolus) est celle commise avec le désir de réaliser le dommage. Elle diffère par là de la faute volontaire acte irrégulier commis par son auteur avec la connaissance de l'irrégularité, mais sans le désir de réaliser le dommage qui en a été la conséquence. A la faute volontaire s'oppose la faute involontaire: le débiteur a manqué à son obligation mais sans l'avoir voulu sans même s'en être rendu compte (40).

Waar de dolus, de gewilde fout, in concreto zal beoordeeld worden, omdat de intenties, het bewustzijn van de contractbreker van belang zijn, zal de zware fout steeds in abstracto beoordeeld worden (41).

Dient nog vermeld dat het Franse cassatie-arrest aanleiding heeft gegeven tot een onoverzichtelijke rechtspraak welke de rechtsleer tracht te systematiseren. Tegen deze ontwikkeling kwam immers reactie: aangezien art. 12 van de verzekeringswet van 1930 immers de onverzekerbaarheid van het bedrog voorziet, betekent de verruiming van het begrip bedrog dat meer slachtoffers van schadeloosstelling door de verzekeraar verstoken blijven (42).

Moelijker is het de zware fout te onderscheiden van de gewone fout. 'A ce sujet, les grands traités juridiques sont la plupart du temps muets. L'analyse de la jurisprudence est délicate' schrijft Renard (43). Ulpianus zei van de zware fout, dat zij neerkwam op 'Non intelligere quod omnes intelligunt.'

Uit de rechtspraak konden heel wat uiteenlopende criteria gehaald ter specificering van deze vage aanduiding. Vooraf kunnen we de opmerking van Nguyen Thanh-Bourgeois ook voor het Belgisch recht onderschrijven: 'La faute lourde française, est ainsi comme une notion multiforme, exillant de la négligence grave à la faute consciente (44)'.

(39) Cass., 4-2-1969, D.S., 1969, 601 noot MAZEAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1969, p. 792 noot DURY; *J.C.P.*, 1969, II, 16030, noot PRIEUR; *GAZ. PAL*, 1969, I, 204.

(40) DABIN, *o.c.*, p. 18.

(41) NOËL DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, 1965, n° 127, p. 110.

STARCK, *Droit civil, Les Obligations*, n° 287, p. 121.

(42) VINEY, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, *D. Chron.*, 1975, XLII; NGUYEN THANH- BOURGEOIS, Contribution à l'étude de la faute contractuelle: la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes, *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1973, p. 496; J. BRIERE DE L'ISLE, La faute intentionnelle, *D. Chron.*, 1973, XXXVIII; RODIERE, *Enc. Dalloz Responsabilité, en général* n° 123.

(43) CL. RENARD, Modifications conventionnelles de la responsabilité, *Ann. Fac. de Dr. de Liège*, 1959, p. 449.

(44) NGUYEN THANH BOURGEOIS, *o.c.*, n° 25.

Men stelt dat het gaat om een 'acte stupide' (45), 'une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle rend le débiteur inexcusable' (46). In deze optiek onderscheidt ze zich van de gewone fout door een graadverschil (47).

'Verzwarende omstandigheden' zijn naast het stringent en gewichtig karakter van de verplichting (48), de waarschijnlijkheid en het belang van de uit de fout resulterende schade.

Esmein (49) onderscheidt het willen van de schade en het voorzien van de schade als zeker, als waarschijnlijk of als mogelijk. Voor hem is er sprake van bedrog in de hypothese van de gewilde schade, de zware fout veronderstelt het voorzien van de schade als zeker of waarschijnlijk, terwijl de gewone fout slechts een voorzien van de schade als mogelijk, inhoudt. Deze opvatting heeft navolging gevonden in rechtsleer en rechtspraak (50).

Renard (51) wijst op het belang van de aard van de schade, terwijl David de omvang van de schade als criterium naar voor schuift (52).

De 'zwaarte' van de fout staat ook in verhouding tot de professionele faam en bekwaamheid en de beschikbare middelen, waardoor de schuldeiser een grotere zorg mocht verwachten van de debiteur (53). Ook worden soms vele lichte fouten gezamenlijk als een zware fout bestempeld (54). Al deze elementen wijzen op een beoordeling in abstracto!

C. PROFESSIONELE AANSPRAKELIJKHEID

De gradatie van het foutbegrip kende, een vooral in de franse rechtsleer opgemerkte (55), 'Renaissance sous le signe de la profession.'

(45) WEIL TERRE, *o.c.*, p. 453; NGUYEN THANH BOURGEOIS, *o.c.*, n° 25; LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, n° 751-752.

(46) DE PAGE, *o.c.*, II n° 591BIS; LAURENT, *Principes de droit civil fr.*, XVI, n° 14; POTHIER *o.c.*, I p. 543; ROBINO. Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine *Rev. trim. Dr. Civ.*, p.

(47) SAVATIER *Traité*, I, p. 38.

(48) ROBLLOT, *De la faute lourde en droit privé français* 1934, p. 18; MARTY RAYNAUD *Droit Civil*, II, n° 433; WEIL TERRE, *o.c.*, p. 454, RENARD, *o.c.*, p. 450, LE TOURNEAU, *o.c.*, n° 753, NGUYEN-THANH BOURGEOIS, *o.c.*, n° 25; DRION, noot bij cass. 29-1-1953 *R.G.A.R.*, 1954, 5324.

(49) ESMEIN, noot bij Cass. Fr., 24-10-1932, *Sirey* 1933, 1289.

(50) ROBINO, *o.c.*; MARTY RAYNAUD, II, *o.c.*, n° 413; NGUYEN THANH - BOURGEOIS *o.c.*, p. 122; LE TOURNEAU, *o.c.*, n° 758.

DAVID S., Vers une nouvelle éclipse de la faute lourde *Mélanges Gothot*, p. 122; RENARD CL. *o.c.*, p. 449.

(51) RENARD, *o.c.*, p. 449.

(52) DAVID, *o.c.*, p. 122.

(53) CL. RENARD, *o.c.*, p. 450; NGUYEN THANH BOURGEOIS, *o.c.*, n° 125.

(54) S. DAVID, *o.c.*, p. 122, LE TOURNEAU, *o.c.*, n° 754.

(55) L. JOSSERAND, La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, *DH*, 1939, chr. 29 s; VOISENET, *La faute lourde en droit privé français*, Dijon, 1934; LALOU,

Waar dit te wijten was aan wetgevend initiatief stelt zich geen probleem: *lex specialis derogat generale*.

Ook rechtsleer en rechtspraak waren echter herhaaldelijk geneigd het professionele foutbegrip te differentiëren.

Volgen we even Jossierand in zijn verklaring van het fenomeen.

«Par là, le droit contemporain entend donner au travailleur plus de sécurité juridique; il veut assurer sa liberté d'esprit et de mouvements dans l'exercice de sa fonction et qu'il soit en quelque sorte couvert par celle-ci. La faute, tant qu'elle demeure véritablement, purement professionnelle, alors qu'elle s'explique par les difficultés ou les aléas du métier, ou à raison, d'un mithridatisme mental, par l'accoutumance aux dangers, aux risques qu'il implique, par la déformation professionnelle, la faute n'engage pas encore la responsabilité de son auteur ou ne l'engage qu'incomplètement, étant alors considérée comme la rançon, le déchet de la fonction; elle est la faute de la profession plutôt que celle du professionnel, simple rouage dans un mécanisme compliqué qui le dépasse; c'est seulement si, par son poids, par ses dimensions-culpa lata-par la conscience qu'en a son auteur, ainsi que des conséquences qui peuvent en résulter, qu'elle devient génératrice à sa charge, d'une complète responsabilité.»

We zullen de professionele aansprakelijkheid van advocaten, notarissen en geneesheren bespreken. Dat we ons tot deze beroepen beperken laat zich niet alleen verklaren door het beperkt opzet van deze studie doch ook doordat zal blijken dat het wederopduiken van de zware fout in die rechtspraak zeer vaak te wijten is aan een misverstand, een ondeugdelijk taalgebruik.

Dit ondeugdelijk taalgebruik dient tegengegaan, zoniet zou het kunnen leiden tot werkelijke professionele aansprakelijkheidsimmuniteten: de gradatie van de fout zou een middel kunnen worden om zekere beroepsuitoefenaars te privilegeren (56).

Ook inzake de professionele aansprakelijkheid gelden dezelfde gemeenschappelijke principes. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid dient geen onderscheid gemaakt volgens de zwaarte van de fout, elke tekortkoming ook de lichtste, verplicht hen tot schadeloosstelling. De rechter zal, bij middelverplichtingen, als typegedrag waarvan de lichtste afwijking tot aansprakelijkheid aanleiding geeft, het gedrag van de normale, zorgzame gewetensvolle notaris, advocaat, geneesheer in aanmerking nemen.

La gamme des fautes, *DH* 1940, chr. 17s, S. SEGUR, *La notion de faute contractuelle en droit civil français*, 1954, p. 161s; R. JAMBU MERLIN, *Dol et faute lourde*, *D*, 1955 chr. 89; NGUYEN THANH-BOURGEAIS, Contribution à l'étude de la faute contractuelle, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1973, p. 496. VINEY, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, *DS Chron.*, 264s, 1975 WEIL TERRE, *o.c.*, n°407, MARTY RAYNAUD, *Droit Civil*.

(56) DAVID, *Vers une nouvelle éclipse de la faute lourde o.c.* p. 124.

We zullen de afwijkende rechtspraak onderzoeken en trachten te verklaren enerzijds wat men onder zware fout verstaat en anderzijds waarom de zware fout als criterium werd ingeroepen.

Vooraf zal steeds de aard van de aansprakelijkheid, contractueel of delictueel kort behandeld worden. Dit heeft nochtans slechts een theoretisch belang immers al geldt traditioneel in de contractuele aansprakelijkheid de culpa levis in abstracto als schuld criterium, in de delictuele de culpa levissima, zoals aangetoond betekent dit in de praktijk dat de rechter ook bij de delictuele aansprakelijkheid de 'bonus pater familias in dezelfde omstandigheden als de schadeverwekker' als referentpersoon neemt (57). Dat het meestal om een contractuele aansprakelijkheid gaat is wellicht een gedeeltelijke verklaring voor het wederopduiken van de 'zware fout' gezien het belang ervan in België voor 1959, en nog steeds in Frankrijk, in het leerstuk van de contractuele aansprakelijkheid.

De aansprakelijkheid van de notaris

Het is geen sinecure om een klaar inzicht te krijgen in de verschillende door de rechtsleer verdedigde standpunten met betrekking tot de notariële aansprakelijkheid. Daar het probleem er exhaustief behandeld werd zal het werk van Harmel en Bourseau 'Les sources et la nature de la responsabilité des notaires (58)' ons als leidraad dienen samen met een aantal recentere studies (59) over de notariële aansprakelijkheid.

Ons onderzoek is gericht op het vinden van sporen van het begrip 'zware fout' is de professionele aansprakelijkheid.

Voor de notarissen bestaat de controverse rond de raadselachtig klinkende formule 's'il y a lieu (60)' in het artikel 68 van de wet van 25 Ventôse van het jaar XI. Betekent dit dat de notaris als openbaar ambtenaar onderworpen is aan specifieke regels of is het gemeen recht van toepassing en zo ja is de aansprakelijkheid contractueel of delictueel.

(57) DALCQ, *Traité*, I n° 428-687; WEIL TERRE, *o.c.*, p. 682, e.a.

(58) HARMEL BOURSEAU, *Les sources et la nature de la responsabilité des notaires*, 1964.

(59) R. DALCQ, *La responsabilité notariale*, *Rev. Prat. Not.*, 1965, p. 53, env., 141 env., 237 env. 285 env., id. *Novelles*, V, n° 4162, env., id. *La responsabilité des professions libérales*, *JT*, 1964, p. 104, id. *Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales*, *Mélanges Baugniot* p. 100, VAN REEPHINGEN, *La responsabilité des notaires* *JT*, 1960, 460, BAUGNIET, *Les garanties du Trésor et la responsabilité notarial*, *Rev. Prat. Not.*, 1960, p. 101. BOURSEAU, *La responsabilité des notaires in la responsabilité professionnelle et les assurances des risques professionnelles*; JACOBS, *De aansprakelijkheid van de notaris*, in *Onrechtmatige daad* p. 83 env., DE SIMPELAERE, *De notariële aansprakelijkheid*, *Tijd. Not.*, 1962 p. 129; RENS, *Overzicht van Rechtspraak, T.P.R.*, è 1965, p. 43, 1970, p. 45, 1974, p. 105.

(60) 'Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, n°s 1°, 31, 4°, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66, 67 est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages intérêts contre le notaire contrevenant.'

Vooraf het onderscheid notaris-openbaar ambtenaar, notaris-rechtsgeleerde zakenman.

Verschillende auteurs verwerpen het traditionele onderscheid (61). Er is, volgens hen geen duidelijk afbakeningscriterium om de activiteiten van de notarissen in te delen en bijgevolg is zo'n onderscheid artificieel. De notaris staat tegenover zijn cliënt in een ondeelbare positie. Zijn fout verandert niet van karakter naargelang het gaat over een inbreuk op de wet of op de overeenkomst. Het zou trouwens onredelijk zijn dat een zelfde operatie die twee fouten oplevert, één als openbaar ambtenaar en één als zakenman, aan twee verschillende aansprakelijkheidsregimes zou onderworpen zijn. Er kan daarenboven geen sprake zijn van extra-professionele aansprakelijkheid; de notaris blijft binnen het kader van zijn professionele activiteiten zowel als openbaar ambtenaar als als zakenman-rechtsgeleerde.

Volgens deze auteurs zal de notaris ten opzichte van de partijen contractueel aansprakelijk zijn, zowel als openbaar ambtenaar als als zakenman-rechtsgeleerde, terwijl ten opzichte van derden hij slechts delictueel aansprakelijk kan gesteld worden (62).

Bij de beoordeling van zijn aansprakelijkheid zal daarbij de handelwijze van een 'normaal voorzichtig en nauwlettend' notaris als maatstaf dienen. Een groot deel van de rechtsleer (63) blijft echter steeds aan het onderscheid openbaar ambtenaar-rechtsgeleerde zakenman vasthouden als aan een evidentie welke zijn grond zou hebben in de duidelijk van aard en oorsprong onderscheiden activiteiten. Voor zijn extraprofessionele activiteit is de notaris dan contractueel aansprakelijk, welke de aard is van zijn professionele aansprakelijkheid zal afhangen van de interpretatie van art. 68.

Harmel en Bourseau onderscheiden 7 verschillende systemen

1. Er is het systeem van de gemildere aansprakelijkheid voorgestaan door Rutgeers, Micha en de Pandecten (64). Art. 68 zou de rechter de bevoegdheid verlenen af te wegen of de notariële fout zwaar genoeg is en de schadeloosstelling dan in functie van de zwaarte vast te stellen.

Wat kan immers de zinsnede 's'il y a lieu' anders betekenen dan een verlening van een appreciatiebevoegdheid aan de rechter. Het zou te

(61) HAUCHAMP, *La responsabilité professionnelle des notaries*, R.P.D.B., VIII, n° 1874 tot 1878; PIRSON DE VILLE, *Traité de responsabilité extra-contractuelle* II, è 388-393; VAN HOVE, *La responsabilité professionnelle des notaires* 1954, p. 395-409; DALCQ, *Traité*, I n° 1169, RPN 1956, p. 54, n° 2; LAURENT, *Principes de droit civil*, XX, 1876, n° 507-508, p. 541-541.

(62) Zie ook DALCQ, *Faut-II...*, p. 100; KLUYSKENS, *Verbindenissen*, p. 577.

(63) Zie geciteerd bij HARMEL BOURSEAU, o.c., p. 764; BOUREAU, o.c., p. 46 enz.

(64) RUTGEERS, *Manuel de droit notarial et de droit fiscal*, I 1853, p. 303; MICHA, *De la responsabilité des notaires*, 1883 p. 13-16; PANDECTES BELGES, *Notaire resp. civil*, n°11.

zie ook DE SIMPELAERE, o.c., p. 130.

banaal zijn dit te interpreteren als 'als de notaris schade veroorzaakt heeft' In de art. 71-132-1031 van het Wetboek van Burgerlijke rechtspleging had 's'il y a lieu' een soortgelijke betekenis. Traditioneel is de aansprakelijkheid van de notaris trouwens lichter geweest daar hij niet gewoon gelijk te schakelen is met de particulier die niet verplicht is met anderen te handelen (art. 3 Ventôsewet). Ook bestaat er geen motief om voor de notaris strenger te zijn dan voor de rechter.

2. Volgens Maton, De Page en Dekkers (65) zou deze mildere Aquiliaanse aansprakelijkheid echter slechts gelden voor gevallen voorzien in art. 68. De andere professionele fouten vallen onder het regime van het gemeen recht. Immers, van het gemeenrecht afwijkende bepalingen dienen restrictief geïnterpreteerd te worden.

3. Schicks en Van Isterbeeck (66) stellen dat het herstel van de schade geproportioneerd dient te worden aan de zwaarte van de fout van de notaris. Uitgaande van de idee van schadeloosstelling als burgerlijke straf zien zij dit trouwens als een algemene regel, ook bij toepassing van art. 1382-1383.

4. Hauchamp (67) die het onderscheid professionele-extra professionele aansprakelijkheid uitsluit, verwierpt ook de tweedeling contractuele-extra contractuele aansprakelijkheid. Zijn als 'systeem van de concrete fout' bekend staande visie gaat er vanuit dat de rechter niet de gevangene kan zijn van een bepaald aansprakelijkheidsregime. De rechter zal zich plaatsen 'dans le fauteuil du notaire' en zijn gedrag beoordelen volgens de omstandigheden, de rede, de billijkheid.

Dat Hauchamps visie nauw aansluit bij de jurisprudentiële praktijk zal nog blijken, doch zoals Van Hove (68) stelt 'il pêche par la pauvreté de sa base juridique, d'après Hauchamp le juge se place dans le fauteuil du notaire au moment ou celui-ci a agi, mais à quoi bon s'asseoir, si le juge ignore en vertu de quel principe il condamnera ou non le notaire.'

5. Meest extreem is het système d'exonération' verdedigd door Bastiné, Stévenart en Brunet.

De notaris zou alleen bij bedrog, zware fout en de gevallen uitdrukkelijk in de wet voorzien aansprakelijk kunnen gesteld worden.

Bastiné (69) verwijst hiervoor naar het oude Franse recht waaraan de notariswet geen afbreuk zou hebben willen doen.

Stévenart (70) gaat uit van de specifieke opdracht van de notaris om te

(65) MATON, *Dictionnaire de la pratique notariale belge*, V, *Responsabilité des notaires*, IV, 1884, p. 745-746; DEKKERS, *Precis de droit civil belge*, II, è n° 1665, DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, n° 718.

(66) SCHICKS VAN ISTERBEECK, *Traité formulaire de la pratique notariale*, I, 1924, p. 624.

(67) HAUCHAMP, *R.P.D.B.*, *Notaire Ann. Not.*, 1933, La responsabilité professionnelle des notaires; zie ook DE SIMPLERAERE, *o.c.*, p. 134.

(68) VAN HOVE, 3^e *Congrès internationale du notariat latin*, *Trav.*, 406.

(69) BASTINE, *Cours de notariat* ééd., 1870, n° 327, p. 290.

(70) STEVENART, 2 *Principes de la responsabilité civile des notaires*, 1980, p. 40 tot 60.

besluiten tot het sui generis karakter van zijn aansprakelijkheid. Brunet (71) verwijst naar de voorbereidende werken van de Ventôse wet, welke de bedoeling had de gehele codex van de notaris te zijn. Het adagium 'Lex generalis non derogat speciale' en een exegetische interpretatie van art. 68 zouden tot dezelfde conclusies leiden.

Indien men echter opteert voor het regime van gemeen recht blijft de vraag gesteld: contractuele of delictuele aansprakelijkheid van de notaris-openbaar ambtenaar.

6. Laurent (72) verdedigt dat aangezien er een contract tussen notaris en cliënt tot stand komt (de cliënt stelt voor de akte op te maken en de notaris verbindt zich door acceptatie) de notaris contractueel aansprakelijk zal zijn bij wanprestatie.

Weliswaar spruiten de verplichtingen van de notaris voort uit de wet doch deze wettelijke verplichtingen worden volgens Pirson De Vile (73) in het contract opgenomen.

De notaris, zo stelt van Hove (74), is allereerst een uitoefenaar van een vrij beroep en pas daarna openbaar ambtenaar. Ook het argument dat aangezien de notaris zich niet mag schuldig maken aan ambtsweigerings (art. 3) er geen contractuele vrijheid bestaat (75), is niet overtuigend. De contractuele vrijheid bestaat in ieder geval bij de client (76), terwijl de notaris een permanent aanbod doet aan het publiek.

Natuurlijk zal tegenover derden geen contractuele aansprakelijkheid bestaan. 'Le notaire qui commet dans l'exercice de son ministère une faute commageable pour des tiers auxquels aucune relation contractuelle ne le rattache est responsable d'après les règles de droit commun en matière aquilienne (77)'.

7. Vooral oudere rechtsleer (78) verdedigde de stelling van de delictuele aansprakelijkheid van de notaris-openbaar ambtenaar tegenover zijn client.

Na onderzoek van de rechtspraak van 1830 tot 1962, schrijven Harmel en Bourseau (79) tot deze conclusie te zijn gekomen: «Tegenover zijn cliënten is de notaris contractueel aansprakelijk voor het tekortkomen aan de contractuele of quasi-contractuele verplichtingen (als rechts-

(71) BRUNET, *Notes sur la responsabilité pécuniaire des notaires*.

(72) LAURENT, *XX*, n° 507, SAVATIER, *Traité II*, n° 803.

(73) PIRSON DE VILLE, *II* n° 429.

(74) VAN HOVE, *o.c.*, p. 407-408.

(75) DE PAGE, *VII*, 653; BOURSEAU, *o.c.*, p. 50; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile* n° 434.

(76) HAUCHAMP, *o.c.* n° 1892.

(77) Cass. 15-10-1891, *Pas.*, 1891, I 259, Cass. Fr., 8-12-1947 *J.C.P.*, 1948, II, 4081, zie ook MAZEAUD *TUNC Resp. Civile* 5¹, I, 183, n° 103; DALCQ, *Traité* n° 1165, bis env.

(78) TART, *o.c.*, 1891, GALOPIN, *o.c.* 1895, BELTJENS, *o.c.*, 1906, CAMBRON, *o.c.* 1928, CARTUYVELS, *o.c.*, 1930, Moreau, *o.c.*, 1937.

(79) HARMEL BOURSEAU, *o.c.*, p. 375, env.; BOURSEAU *o.c.*

geleerde zakenman)- voor zijn tekortkomingen als openbaar ambtenaar is hij delictueel aansprakelijk».

Nochtans voor de schending van vormregels die gesanctioneerd zijn met nietigheid hetzij door de ventôse wet, hetzij door andere wetten is hij slechts aansprakelijk voor het begaan van een zware fout. Hier behouden de rechters een appreciatiebevoegdheid. Ook het Hof van Cassatie heeft zich in een alleenstaand arrest in deze zin uitgesproken.

'La Cour de Gand a fait une fausse application des art. 1382-1383 C.C. et a contrevenu à l'art. 68 de la loi de ventôse an XI celui-ci en établissant le principe de la responsabilité des notaires dans les cas qu'il prévoit à raison de la nullité de leurs actes, a apporté une modification aux principes du droit commun renfermés dans les art. 1382-1383 du C.C. L'art. 68 n'exige pas, d'une manière générale que la responsabilité du notaire du chef de nullité d'un acte soit prononcée pour toute faute, imprudence ou négligence quelconque, quelque légères et excusables qu'elles puissent être cette responsabilité d'après les termes de l'art. 68 ne doit être prononcée que s'il-y a lieu, c'est à dire si le notaire doit à raison de la gravité de la faute être déclaré responsable; les tribunaux ne sont pas tenus par application des art. 1382 et 1383 du C.C. de prononcer cette responsabilité pour la faute la plus légère» (80)

Ook bij nietigheden uit andere vormvoorschriften zou de rechtspraak een mildere aansprakelijkheid hanteren (81).

«Tegenover derden zou de notaris delictueel aansprakelijk zijn mits dezelfde mildere aansprakelijkheid voor met nietigheid gesanctioneerde vormgebreken». Er is inderdaad geen reden waarom de derde een betere bescherming zou genieten als de partijen.

Heeft art. 68 van de ventôse wet inderdaad voor de notaris een mildere aansprakelijkheid gecreëerd, velen menen van niet en steunen zich op de volgende argumenten (82):

- Het enige doel van de Ventôse wet was wel de organisatie van het notariaat, doch het kon niet de bedoeling geweest zijn in een bijkomende

(80) Cass., 20-5-1853, *Pas.*, I., 299; zie ook Brussel, 20-11-1872, *Pas.*, 1873, 5 Brussel 6-3-1936, *J.T.*, 1936, *Pad. Per.*, P., 381 en noot.

(81) m.b.t.n.; art. 975 B.W. (onbekwame getuigen bij authentiek testament Brussel, 28-6-1854, *Pas.*, 1955, II, 77; Luik 25-5-1855 *Pas.*, 1856, II, 231, Brussel, 6-7-1858, *Pas.*, 1858, II, 272.

m.b.t. art. 973 b.w. (notaris vergeet vermelding oorzaak van ontbreken van handtekening één der partijen) Brussel, 12-7-1948, *Pas.*, 1949, II, 107.

(82) LAURENT, *Principes de droit civil*, XX, n° 508, p. 544; TART., *Trois questions de responsabilité notariale*, *Belgique Jud.*, 1891, kol. 790-791; GALOPIN, *Cours de droit notarial* 1905; BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge I*, MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*, V¹ *Notaire par 7*, TOULIER, V, n° 389; SCHICKS VAN ISTERBEEK o.c.; CAMBRON, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile des notaires*, PIRSON DE VILLE, o.c., 1935; MOREAU *Résumé du cours de droit notarial*, 1937, VAN HOVE, o.c., 1954; DALCQ *Responsabilité notariale in Examen de jurisprudence*, 1956, DALCQ *Traité I*, 1167.

tekst af te wijken van fundamentele principes van het gemeen recht om een gradering in het fout begrip aan te brengen.

- Er is dan ook geen sprake van 'Lex generalis non derogat speciale' immers de ventôse wet is geen lex specialis op het gebied van de aansprakelijkheid.
- Wat de uitdrukking 's'il y a lieu' betreft, in de art. 71 en 1031 van het vroegere wetboek van burgerlijke rechtspleging bedoelden de woorden 'suivant les circonstances' en 'suivant les exigences' ook niet de aansprakelijkheid van de deurwaarders respectievelijk de avoués te beperken. Ook in het B.W. in de art. 554-555-557-1143-1397-1880 komt de uitdrukking voor met de betekenis 'indien de partijen schade ondergaan hebben door de bedreven fout'. Het gaat hier trouwens niet om een nutteloze banale herhaling van de principes van het gemeenrecht (1382 env.). Onafgezien van de eeuwenoude wijsheid: 'Ce qui surabonde ne nuit pas', moet vermeld dat op het ogenblik dat de Ventôse wet beëindigd werd de opstellers van het B.W. nog aan het boek over de 'Personen' werkten, en dat Titel IV van Boek III slechts later het daglicht zag. Trouwens indien in art. 68 niet vermeld zou staan 's'il y a lieu' (dan zou de notaris bij elke vernietiging van een akte automatisch aansprakelijk zijn. 'S'il y a lieu' verwijst naar de voorwaarden van delictuele aansprakelijkheid: fout-schade-oorzakelijk verband.
- Zich beroepen op het oude recht brengt ook geen aarde aan de dijk. Ook toen reeds werd het bekritiseerd dat alleen zware fout en bedrog tot aansprakelijkheid aanleiding gaven. De instelling van het notariaat is trouwens niet meer te vergelijken met vroeger. De Ventôse wetgever heeft juist willen breken met het oude Franse recht.
- Trouwens verzet het gelijkheidsbeginsel in de grondwet (art. 6) zich niet tegen het toekennen van privileges wat betreft de aansprakelijkheid. Is ook het honorarium van de notaris niet aangepast aan zijn aansprakelijkheid.

Deze argumenten zijn ons inziens overtuigend.

De vragen door Stévenart (83) opgeworpen blijven echter bestaan :

- Artikel 68 spreekt over schadeloosstelling in een aantal gevallen, waarom die specificering indien het er toch maar op aankomt de algemene principes toe te passen ?
- Hoe daarenboven verklaren dat de rechtsleer die dichter bij de ventôse wet stond, opteert voor een stelsel van mildere aansprakelijkheid ?

Standpunt van de rechtspraak

Deze doctrinele discussies laten de Belgische rechtspraak nochtans meestal onbetuigd, onafgezien van een aantal geïsoleerde arresten. Zeer zelden

(83) STEVENART, *o.c.*, p. 49 en 61 e.v.

spreken de rechters zich expliciet uit over de natuur van de notariële aansprakelijkheid (84).

Een verklaring hiervoor vinden we wellicht bij Van Reepingen

'Toute règle est dans son énoncé une synthèse et une moyenne où il est pratiquement impossible d'enserrer la variété infinie du comportement humain. D'où il suit que les oscillations que l'on découvre dans la jurisprudence rassemblée sur les responsabilités notariales ne sont pas près de céder à l'immobilité d'une doctrine.» (85)

Jacobs (86) vraagt zich dan ook af of, vermits er een dooreenvloeiing van begrippen is vast te stellen in de rechtspraak, het nog wel zin heeft aan de traditionele onderscheiden vast te houden.

Ook het belang van een 'mildere aansprakelijkheid' mag niet overschat worden, immers 'de verplichting die op hen weegt om een formeel geldige akte te verschaffen, wordt meer en meer als een resultaatsverbintenis opgevat' en daarom stellen ook de rechtbanken zich strenger op (87).

De rechtspraak neigt wellicht naar de theorie van de concrete fout (voorzover dit een theorie is): de rechter zet zich in de zetel van de notaris en beoordeelt zijn aansprakelijkheid in de concrete omstandigheden, rekening houdend met wat een 'gewetensvol, voorzichtig notaris zou gedaan hebben (88).

Het komt voor dat een vonnis of arrest wijst op het grof, buitensporig onvergefelijk karakter van de fout. Dat het hierbij vaak gaat om fouten die niets te maken hebben met vormgebreken gesanctioneerd door nietigheid, sterkt ons in onze overtuiging dat hierdoor niet impliciet een stelsel van mildere aansprakelijkheid wordt aangenomen, doch slechts een zekere verontwaardiging wordt uitgedrukt, en aangegeven dat een 'zorgvuldig en voorzichtig notaris' zo'n fout nooit zou hebben begaan.

Ter illustratie

'Attendu que pour avoir négligé de se renseigner sur l'état hypothécaire il n'a pas comme il en avait le devoir signalé aux demandeurs le danger d'éviction auxquels ils étaient exposés et le recours qu'ils avaient contre leurs vendeurs, qu'il est évident que le notaire a commis une faute professionnelle lourde dans un domaine où est sa responsabilité stricte.' (verplichting raad te geven en partijen in te lichten: Rb Dinant, 13-10-1954, R.G.A.R., 1957, 5842)

'Alors que lorsqu'il s'agit de la vérification des droits des parties la faute et la négligence du notaire sont impardonnables que dans ce cas, la soi-disant compétence présumée chez l'une des parties n'entre pas en ligne de compte et ne peut en aucune manière excuser le notaire de sa faute et de sa négligence qui demeurent un manquement professionnelle grave dont l'officier ministériel est seul et entièrement responsable.' (verplichting raad te geven en partijen in te lichten. Brussel, 24-12-1959, R.G.A.R., 1960, 6576)

'Attendu que si la responsabilité des notaires De V. et C. est moins grande que celle de leur

(84) Volgens DALCQ althans *Traité I*, n° 1167; DE SIMPELAERE beweert dat de Belgische rechtspraak de contractuele A. verwerpt, zie HARMEL-BOURSEAU, *infra*, zie overzichten van Rechtspraak RENS, *o.c.*

(85) VAN REEPHINGEN, *o.c.*, p. 460.

(86) JACOBS, *o.c.*, n° 20.

(87) DE SIMPELAERE, *o.c.*, p. 132.

(88) DALCQ *Traité II*, n° 1169, DALCQ Faut il limiter la responsabilité des professions libérales in *Mélanges Baugniet* p. 101.

confère D., elle ne revêt pas cependant la caractère minime que lui attribuent ces officiers ministériels.' (verplichting raad te geven en partijen in te lichten, onbekwaamheid voogdes bij verlijden van akte, Brussel, 15-10-1962, Pas. 1964, II, 20)

'Overwegende dat de notaris een grove fout heeft begaan, dat hij inderdaad de man heeft laten uitlenen op een eigen goed van de vrouw en een hypotheek op dat goed laten nemen zonder die toestemming van de vrouw, dat hij in zijn akte vermeld heeft dat het goed eigendom van de echtgenoten was, met melding van de koopakte van het goed, als wanneer in deze koopakte klaar vermeld stond dat het goed eigen was aan de vrouw.' (algemene morele plicht van oprechtheid Rb. Brussel 10-12-1964 R.G.A.R. 1965 746)

'Le notaire commet une fauté évidente en vendant 'quitte et libre' un immeuble grevé d'une hypothèque.' (verplichting raad te geven en de partijen in te lichten Rb. Brussel, 30-6-1966, Rev. Prat. Not. P., 53)

Overwegende dat het eigenmachtig optreden van de notaris X... om er zich meester te maken van papieren en documenten waarvan de inhoud en het aantal thans niet meer met juistheid kan achterhaald worden, van aard is het vertrouwen dat men in een openbaar ambtenaar moet kunnen stellen aan het wankelen te brengen en een zware professionele fout uitmaakt.' (algemene morele plicht van oprechtheid Gent, 28-1-1967, T. Not., 1968 25)

De Franse rechtsleer en rechtspraak houdt het er nog steeds bij dat de notaris als openbaar ambtenaar, bij het opstellen van de akten (quasi)-delictueel aansprakelijk zal zijn tegenover zijn cliënt (89) terwijl als raadgever, mandataris of bewaarnemer zijn contractuele aansprakelijkheid in het geding is (90). Tegenover derden loopt hij zijn delictuele aansprakelijkheid op (91).

Terwijl voorheen de rechtspraak herhaaldelijk de notaris slechts voor zware fout of bedrog aansprakelijk achtte, kan men vaststellen dat de hedendaagse rechtspraak de aansprakelijkheidscriteria van het gemeen recht, zowel bij contractuele als delictuele aansprakelijkheid aanneemt (93). Het artikel 68 van de Ventôse wet van het jaar XI (vervangen door art. 23 van het decreet n° 71-941 van 26 november 1971) wordt niet meer geïnterpreteerd als bevattende een mildere aansprakelijkheidsregeling. 'S'il y a lieu' zou betekenen: als de nietigheid schade meebrengt. De zwaarte van de fout wordt nochtans wel in aanmerking genomen ter

(89) Cass. 8-12-1947, *J.C.P.* 1948, II, 4081, MAZEAUD, *Leçons de droit civil* 1977 II 1.

(90) Cass. 8-5-1944, *Gaz. Pal.*, 1944-2-18.

(91) DEFRENOIS KUHN in *Enc. Dalloz Notaire* n° 121.

(92) Cass. Civ., 27-11-1837, *Jur. Gén. Resp.* n° 392 2°, Cass. Req 20-11-1876 *DP* 77, I, 172; Cass. Civ., 19-5-1885, *DP*, è 85, I, 345; Cass., *Req.*, 31-3-1885, *DP*, 85, I, 406; Cass. Civ. 24-12-1888, *DP*, 89, I, 165; Agen, 28-1-1891, *D*, 92, 2, 79; Paris, 20-11-1936, *Gaz. Pal.* 1937, I, 219; Paris, 30-11-1937, *Dr. Fisc.*, 1938, 77; Trib. Civ. La Rochelle, 21-12-1938, *Gaz. Pal.*, 529, Nîmes, 23-6-1941 *Gaz.-Pal.*, 1941 2 355.

(93) Zie de bij LOTZ *Jur. Cl. Civ.*, *Resp. civ.*, *Notaire Fasc.*, XXXI, 1970, overvloedig geciteerde rechtspraak, evenals bij DEFRENOIS KUHN, o.c., 120, AUBERT, *Responsabilité professionnelle des notaires*. 1977 p. 44; MAZEAUD, TUNC, *Traité*, n° 514, H.L. en J. MAZEAUD, *Droit Civil* n°448 RIPERT, BOULENGER, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n° 44.

dosering van de verschuldigde schadeloosstelling. (94)

Ook dient vermeld dat inzake notariële aansprakelijkheid niet de bedoeling om te schaden doch de voorzienbaarheid van de schade als criterium ter aanduiding van de niet-verzekerbare opzettelijke fout (art. 12 W. 1930) door de rechtspraak werd ingeroepen (95).

In Nederland, aldus Michiels van Kessenich Hoogendam, zou slechts in een uitspraak worden overwogen dat het advies van een notaris niet een onrechtmatige daad opleverde, zolang het niet te kwader trouw of opzettelijk onjuist of onvolledig gegeven was (96).

De aansprakelijkheid van de geneesheer

Voor het Franse cassatie arrest van 1835 genoten de geneesheren van een volstreckte immuniteit op het gebied van de burgerlijke aansprakelijkheid. Deze werd nog treffend verdedigd voor de geneeskundige Academie in 1929.

'L'Académie croit de son devoir de protester contre l'interprétation forcée et l'application abusive dans certains cas des articles 1382 et 1383. Nul doute que les médecins ne demeurent légalement responsables des dommages qu'ils causent à autrui par la coupable application des moyens de l'art, fait sciemment, avec préméditation, et dans des dessins perfides ou de criminelles intentions. Mais la responsabilité des médecins dans l'exercice consciencieux de leur profession ne saurait être justiciable de la loi. Les erreurs involontaires, les fautes hors de prévoyance, les résultats fâcheux hors de calcul ne doivent relever que de l'opinion publique. Si l'on veut qu'il soit autrement, c'en est fait de la médecine. C'est un mandat illimité qu'il faut auprès des malades. L'art de guerir ne peut devenir profitable qu'à cette condition. En fait donc de médecine pratique de même qu'en matière de justice distributive, les médecins non plus que les juges ne sauraient devenir légalement passibles des erreurs qu'ils peuvent commettre de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions. Responsabilité toute de morale, toute de conscience : nulle action ne peut légalement être intentée, si ce n'est en cas de captation, de dol, de fraude ou de prévarication. (97)»

(94) Zie o.a. Parijs, 23-1-1962, *C.P.* 1963, ed IV, II, 13-151; Cass., 2-7-1970, *Bull. Civ.* III, n° 463, p. 336, Cass. Civ., 12-6-1974, *DS*, 1975, 173, NOOT, Aubert Cass. Civ., 8-10-1975, *J.C.P.*, 1975 ed. GIV, 348; Cass. Civ. 5-12-1967 *JCP* 1961 CII 1505 zie hierover J. DE PAULPIQUET *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires*, n° 204 ev. Apperce, *Jur. Civ.*, Débitet quasi débits 1976, III, n° 38.

(95) BRIERE DE L'ISLE, *D. Chronique*, XXXVIII, 52, Viney, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde; *D. Chronique*, XLII, 1975, p. 265. DE PAULPIQUET, o.c., n° 209.

(96) MICHIELS VAN KESSENICH HOOGEN DAM, *Beroepsfouten*, 1976, p. 13; Rb Groningen, 14-2-1930, *N.J.*, 1930, 581.

(97) Geciteerd bij DALCQ, *R.O.*, La responsabilité des professions libérales, *J.T.*, 1964, p. 103.

De aansprakelijkheid in de gezondheidszorg wordt van medische zijde overigens nog steeds op deze wijze belicht. In juridicis denkt men er anders over. (98)

In 1835 (99) reeds gebeurde er in Frankrijk een doorbraak naar de Aquiliaanse aansprakelijkheid in het Thouret-Noroy arrest doch enkel 'la négligence du médecin, sa faute grave et notamment l'abandon volontaire où il a laissé un malade constituant des faits qui peuvent entraîner la responsabilité de l'individu auquel ils sont imputables» Een fundering voor deze visie werd gevonden in de theorie van Demolombe (100) die de extra-medicale fout (fout als mens niet als geneesheer) (101) als bron voor delictuele aansprakelijkheid beschouwde, terwijl de medische fout (op het vlak van geneeskunst en -wetenschap) zou ontsnappen aan de controle van de rechtbanken met uitzondering van de 'faute lourde ou négligence grave et caractérisée.' Zelf in deze periode volgde de rechtspraak nochtans deze doctrinele tendens niet steeds (102), al nam men herhaaldelijk (103) een verbale toevlucht tot het begrip zware fout, gekarakteriseerde fout, zékere miskenning van de plicht.

De Franse rechtspraak (104) blijft tot 1936 aannemen dat de beroepsaansprakelijkheid van de geneesheer zich situeerde op het (quasi)-delictuele vlak. Komt dan het cassatiearrest van 20 mei 1936 (105) waarnaar zowel in België als in Frankrijk nog steeds verwezen wordt om zowel de verhouding geneesheer-patient als het foutcriterium te bepalen.

«Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement sinon, bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentif et réserve faite de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science; que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionné par une responsabilité de même nature, également contractuelle.»

(98) Zie GLESENER, *Des Médecins et des Juristes, J.T.*, 1974 p. 569, BIERE DE L'ISLE *Faut-il repenser la responsabilité des medecins, D.*, 1975, 2737.

(99) Cass. Fr. req. 18-6-1835, S., 1835, I, 401; DALCQ R.O., *Traité*, T.1, n° 1039, MAZEAUD TUNC, *Traité* T. 1, n° 510.

(100) DEMOLOMBE, T.XXI, è p¹ 473; cfr. BEUDANT, *Cours de Droit civil*, n° 1187, DEMOGUE, *Obligations*, III n° 264; IV, n° 180; DALCQ, *Traité*, I, n° 1039.

(101) Voor voobeelden zie DALCQ, *Traité*, n° 1040-1041.

(102) o.a. Cass. Fr., 21-7-1862, S., 1862, I, 818; Cass. fr., Req 21-7-1919, DP 1920, I, 30 met noot DENIS Cass. fr. 29-11-1920, DP, 1924, I, 103.

(103) Zie PENNEAU, J, *La responsabilité civile médicale*, 1977, n° 7-42; P.J. DOLL in *Encyclopedie Dalloz Médecine* sect. III, n° 476-477 en de daar geciteerde franse rechtspraak van voor 1936; KORNPROBST, *Responsabilité du médecin devant le loi et ja jurisprudence FR.* p. 116-117.

(104) DALCQ, *Traité* n° 9981.

(105) Cass. fr., 20-5-1936, D, 1936, I, 88 met concl Proc. Gen. Matter, het rapport van Josserand en noot E.P., *Sir*, 1937 noot Breton.

Sindsdiens is in de Franse rechtsleer en rechtspraak het beginsel van de contractuele medische aansprakelijkheid verworven (106).

Ook de Belgische rechtsleer heeft unaniem het Franse voorbeeld gevolgd en geopteerd voor de contractuele aansprakelijkheid (107).

Delictueel is de geneesheer nochtans aansprakelijk (108) telkens wanneer hij tussenkomt bij een patiënt waarvan hij geen toestemming kon bekomen (onbewuste patient, onbekwame niet vertegenwoordigd door zijn wettelijk vertegenwoordiger enz.) (109), wanneer de fout schade berokkent aan een derde (welwillendheidscertificaat, gebrekkige bewaking mentaal gestoorden enz.) (110), wanneer de benadeelde een ander is dan de patient (bij overlijden van de patient komen zijn rechthebbenden niet jure successiois doch jure proprio op) (11). Komt daarbij dat bij toepassing van de regels van de samenloop van patiënt, zelf als is er een contract; de delictuele aansprakelijkheid kan opwerpen wanneer de fout een strafrechtelijke inbreuk uitmaakt (112). (wat meestal het geval zal zijn: hetzij inbreuk op art. 418-420 Swb. onvrijwillige slagen en verwondingen, hetzij art. 392 Swb. vrijwillige slagen en verwondingen indien geen noodzakelijkheidskarakter van of 'informec consent' tot de medische ingreep).

Ons Hof van Cassatie heeft zich nooit expliciet uitgesproken. In het arrest van 4 oktober 1974 (113) zou evenwel impliciet een keuze voor de contractuele aansprakelijkheid besloten liggen (114). Het hof, als antwoord op

(106) DALCQ, *Traité I*, n° 1007; MAZEAUD, *Traité I*, n° 508, PENNEAU J., *La responsabilité civile médicale*, p. 15, P.J. DOLL *Enc. Dalloz*, Médecine, n° 334.

(107) Voor oudere rechtsleer, zie DALCQ, *Traité I*, n° 1002, voor recentere rechtsleer zie infra; contra TART, *De la responsabilité des personnes qui exercent l'art de guérir*, *B.J.*, 1894, col. 1057, n° 15.

(108) DALCQ, *Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales*, in *Mélanges Baugniet*, p. 94-95; H. VANDENBERGHE, *Aansprakelijkheid van ziekenhuizen en geneesheren in Onrechtmatige daad*, p. 121; DALCQ, *Traité I*, n° 1011, MAZEAUD-TUNC, *Traité I*, n° 508; DOLL., *o.c.*, n° 348 tot 366.

(109) Brussel, 12-2-1957, *Pas.*, 1958, II, 1; Brussel, 31-3-1960, *Pas.*, 1961, II, 154; Rb. Kortrijk, 23-6-1960, *R.W.*, 1961-1962, 1812; Rb. Antwerpen, 18-5-1962, *R.W.*, 1962-1963, 1103.

(110) Welwillendheidscertificaten: Cass., 4-11-1964, *Pas.*, 1964, I, 244; Gent, 22-5-1965, *R.W.*, 1965-1966, 38; Brussel, 25-2-1971, *R.W.*, 1971-1972, 194; Rb. Mechelen, 26-3-1969, *R.W.*, 1971-1972, 197, kol 200.

Gebrekkige bewaking mentaal gestoorden Brussel, 12-1-1973, *R.W.*, 73-74; Verwondingen aan assistenten tijdens operatie: Cass. Civ. 30-12-1936, *JCP*, 1938, 687, Besmettingsgevaar Vred. Parijs 28-1-1904 *DP* 1904 2, 400.

(111) DALCQ, *Traité I*, n° 1010; SAVATIER, *Jurisclasseur, Dr. Civ.*, 1977; *Resp. Med.*, XXXA, 1° Fasc. Cass., Fr., 1-4-1968, *JCP*, 1968, II n° 15 547

(112) Cass., 16-12-1948 *JT*, 1949, p. 53 en 84; Brussel, 31-3-1960, *Pas.*, 1961, II, 154; Cass., 23-4-1969 *J.T.*, 1969, p. 385; *Pas.*, 1969, 1747, Brussel, 11-5-1971, *JT*, 1972, p. 358, Brussel, 31-3-1965, *Pas.*, 1966, II, 13; DALCQ, *Traité I*, n° 182, en 1053, ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, p. 48-50; VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 121; contra J. PALLEMAERTS, *De beroepsverantwoordelijkheid van de geneesheer*, *R.W.*, 1955-1956, kol. 1945, Rb. Kortrijk, 20-5-1954, *R.W.*, 1954-1955 kol. 428, Rb. Brussel, 22-3-1961, *R.G.*, 91-721; Brussel, 12-4-1963, *R.G.*, 11434; Brussel, 11-5-1972, p. 358

(113) Cass., 4-10-1973, *Arr. Cass.*, 1974, p. 132.

(114) Aldus volgens MEINERTZHAGEN, LIMPENS *La responsabilité civile des médecins en droit Belge*, p. 687 noot 9

het tweede middel werpt op dat het arrest door de toestemming van het slachtoffer vast te stellen «justifie légalement son dispositif tant en ce qui concerne la conclusion du contrat médicale que au point de vue de la responsabilité aquilienne.»

In de Belgische rechtspraak zijn er volgens Dalcq (115) drie stromingen te onderscheiden nl. die beslissingen die de aansprakelijkheid uitsluitend gronden op art. 1382, 1383 (116) die de contractuele aansprakelijkheid (117) overnemen en die geen duidelijke uitspraak doen over de aard van de aansprakelijkheid. Deze laatste categorie, de grootste, mengt zich wellicht niet in de academische discussie bewust zijnde van het relatief belang dat het onderscheid in het Belgische recht, anders dan in het Franse recht, heeft (118). Met Dalcq (118) moeten we immers vast stellen dat 'Rien ne permet de déceler dans la jurisprudence une différence dans l'appréciation du comportement du médecin, selon que l'on se trouve en présence d'une responsabilité contractuelle ou d'une responsabilité aquilienne.'

Het Franse cassatie arrest levert nog steeds het foutcriterium (120) dat zowel (121) aansluit bij de contractuele 'culpa levis in abstracto' als bij de delictuele 'culpa levissima' ten opzicht van het refertegedrag: de handelswijze van de geneesheer zal vergeleken worden met die van een normaal onderlegd en nauwlettend geneesheer in dezelfde omstandigheden (als daar zijn zijn specialiteit, de dringendheid van het geval, de stand van de wetenschap enz.) (122)

(115) DALCQ, *Traité*, I, 1023-1024-1025-1026; zie ook de overzichten van rechtspraak J. DABIN EN LAGASSE (1939-1948), *R.C.J.B.*, è 1949, p. 50; (1948-1951), *id.* 1952, p. 55; (1951-1955), *id.* 1955, p. 216; (1955-1959), *id.* 1959, p. 175, (1959-1963), *id.* 1963, p. 257, 1964, p. 289, R.O., DALCQ, (1963-1967), *id.*, 1968, p. 193, J. L. FAGNART., *J.T.*, 1976, p. 569 (1968-1975)

(116) Rb. Bergen, 12-12-1953, *JT*, è 1954, p. 196; Brussel, 12-7-1956, *Pas.*, 1958, 210, Brussel 20-6-1956, *Pas.*, 1957, II, 115

(117) Luik, 5-4-1955, *Jur. Liège*, 1955-1956, p. 123; Brussel, 12-2-1957, *Pas.*, 1958, II, 1; Brussel 31-3-1960, *Pas.*, 1961, II, 154; Rb. Kortrijk, 23-6-1960, *R.W.*, 1961-1962, kol. 1821 Luik 13-4-1961, *Jur. Liège*, 1960-1961, p. 235, Rb. Antwerpen, 18-5-1962, *R.W.*, 1962-1963, kol. 1103

(118) Voor het verschil inzake verjaringstermijnen, zie DALCQ, *Traité*, 1003-1004; RIJCKMANS MEERT VAN DE PUT, Les droits et les obligations des medecins, n° 504; voor het belang van het onderscheid in België zie HERMANS-LAMINE, De aansprakelijkheid van het medische team, *R.W.*, 1979-1980, kol. 803; zie ook GEVERS, La responsabilité medicale, *Buil. Ass.*, 1953 p. 22.

(119) DALCQ, R.O., Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales, *Mélanges Bagniet*, p. 96.

(120) Cass. Fr., 20-5-1936, *Cass. Fr. Civ.*, 18-10-1937, *D.H.*, 1937, 549, *Cass. fr.*, *Rec.*, 15-6-1937, *JCP*, è II, 413, *noot RD*; *Cass. fr.*, 18-1-1938, II, 625, *Gaz. Pal.*, 1938, I, 314; *Cass. fr.*, 27-6-1939, *Cass.* 27-5-1940, *D.C.*, 1941, 53; *Cass. Civ.*, 18-1-1937, *S.*, 1939, I, 201, *noot Esmein*; *Cass.*, 3-4-1939, *JCP*, 1940, II, 1438; *Cass.*, 13-7-1949, *JCP*, *noot Savatier*, *Cass. Civ.*, 30-10-1962, *JCP*, 1962, II, 12924 *noot savatier*; *Cass.*, 30-10-1963, *D.*, 1964, I, *noot Savatier*; *Cass. Civ.*, 12-5-1964, *Gaz. Pal.*, 1964, S 2267

(121) DALCQ, R.O., Faut-il limiter la responsabilité..., p. 95-96

(122) DE PAGE t. II n° 588 DALCQ *Traité I* n° 1049, Dalcq R.O. La responsabilité médicale *T.P.R.*, 1974, p. 350, VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 123; voor Ned. SLUYTERS, *Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland*, 1974, p. 37

De geneesheer neemt middelverbintenissen op zich (behoudens enige uitzonderingen) (123) en zal aansprakelijk zijn wanneer zijn tekortkomingen welke ook de zwaarte ervan zij, (124) niet bij een normaal onderlegd en nauwlettend geneesheer zouden zijn voorgekomen. Een 'in abstracto' beoordeling dus.

Aandacht verdient de meer genuanceerde (meer concretisering en subjectivering) visie van Savatier (125). Savatiers '*relatief subjectivisme*' gaat ervan uit dat de 'bonus pater familias' als aansprakelijkheids criterium moet worden aangevuld met de fysische en intellectuele eigenschappen van de dader in concreto. Deze verregaande subjectivering klinkt ook door bij zijn beoordeling van de medische aansprakelijkheid. Hierbij staat volgens hem centraal de vraag of de geneesheer gewetensvol heeft gehandeld (consciencieux), gezien de omstandigheden van het geval, gezien de fysische en psychische toestand waarin de geneesheer zich bevindt (*vermoedheid, onervarenheid, dringend karakter van de behandeling ontbreken van technische middelen, enz.*) (126).

Herhaaldelijk heeft de rechtspraak nochtans gewag gemaakt van 'zware fout', (127) 'onvergeeflijke fout' (128), 'gekaracteriseerde fout' (129), bij de beoordeling van de medische aansprakelijkheid.

Verschillende verklaringen kunnen hiervoor worden aangevoerd.

1. Wellicht klinkt hier nog de herhaaldelijk geuite verwittiging aan de rechters (130) door, zich toch niet te mengen in medisch-wetenschappelijke discussies.

Zo'n verwittiging kan haar nut hebben wanneer ze enerzijds de rechter ertoe aanzet om over materies die hem niet vertrouwd zijn zich te laten voorlichten door experts, en anderzijds wil aangeven dat het falen van de medische wetenschap niet in de schoenen van de geneesheer kan geschoven worden. Wanneer een medische controversie voorligt dan gaat de geneesheer vrijuit wanneer hij het door hem ingenomen standpunt kan

(123) VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 123; ANRYS *La responsabilité civile médicale*, n° 86

(124) Brussel, 6-1-1972, *Pas.*, 1972, II, 161.; Corr. Luik, 2-3-1965 *J.T.*, 1965 624

(125) SAVATIER, *Taité de la responsabilité civil en droit français*, I, n° 167 en n° 195

(126) SAVATIER, noot bij Cass. Fr. 30-10-1963, *o.c.*, p. 82, SAVATIER AUBY PE-GUINOT, *Traité de droit médicale*, n° 313, *Doll. o.c.*, 480-481.

(127) Luik, 3-1-1933, *Pas.*, 1933, II 39

Rb. Tongeren, 25-10-1935, *Pas.*, 1936, III, 157; Rb. Luik, 14-1-1946, *Pas.*, 1946, III, 35, Vred. Brussel, 10-9-1953, *Bull. Ass.*, 1954, p. 114, *R.G.A.R.*, 1954, 5444, *Cass.*, 23-6-1958, *Pas.*, 1958, I, 1180, Luik, 14-11-1958, *J.T.*, 1959, 388

(128) Rb. Hasselt, 10-11-1969, *Jur. Liège*, 1969-1970, 135

(129) Brussel, 21-6-1967, *J.T.*, 1968, p. 27; *Pas.*, 1968, II, 42, zie kritiek; Dalcq, R.O., *T.P.R.*, 1974 p. 350; *R.C.J.B.*, 1973, p. 653 n° 37; *Cass.*, 16-5-1974, *RGAR*, 9322, zie ook Luik, 24-11-1971, *J.T.*, 1974 met noot FAGNART; Brussel, 11-5-1971, *J.T.*, 1972 p. 358-(Méconnaissance certaine de ses devoirs) Luik 10-7-1951 *RGAR* 4851

(130) *Cass. fr.*, Req 21-7-1862 S 1862 S 1962 I 818, concl Proc. Gen. Dupin; *Cass. Fr. Req.* 18-6-1835 1401, zie ook Luik 13-1-1933, *Pas.*, 1933, II, 39, cfr DALCQ, *Traité*, I, n° 1045-1048, MAZEAUD, *Traité* I, n° 510, p. 403, PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité* n° 198, PENNEAU, *La responsabilité médicale* P. 51 DALCQ, *La responsabilité des professions libérales*, *J.T.*, 1964, p. 103, ECK, *Le médecin face aux risques*, p. 117

verdedigen : elk 'normaal onderlegd en nauwlettend geneesheer' zou aldus hebben kunnen handelen. Het is niet aan de rechter om de controverse te beslechten. Deze terughoudendheid van de rechter mag hem er echter niet toe leiden slechts zware evidente fouten, die in het licht van geen enkele medische theorie kunnen verantwoord worden, voor aansprakelijkheid te weerhouden (131).

2. Ook nam de rechtspraak vaak haar toevlucht tot de 'zware fout' voor wat eigenlijk een 'gewone' fout was. Dit onzorgvuldig taalgebruik werd oor het Hof van Cassatie (132) in Frankrijk herhaaldelijk afgestraft.

Immers, de begripvolle houding tegenover de geneesheer die toch niet voor zijn geringste onzorgvuldigheid aansprakelijk moet gesteld worden, mag zich niet vertalen in een gradering van het foutcriterium ; het criterium 'bonus et diligens medicus' staat borg voor een professionele aansprakelijkheid binnen redelijke grenzen.

Treffend werd de verwarring uitgedrukt door Rabut : (133)

'Il y a absence de responsabilité parce qu'il n'y avait pas d'obligation et partant pas de faute. L'erreur consiste à appeler faute un acte qui est peut être une faute morale ou une faute technique mais pas une faute juridique. La distinction de la faute légère et de la faute lourde dans le cas où seule celle-ci engage la responsabilité de son auteur n'est pas autre chose alors que la distinction entre les actes fautifs et ceux qui ne le sont pas. C'est parti culièrement net pour la responsabilité professionnelle.»

Vaak, zoals Penneau (134) aantoonde, zijn het trouwens de experten die aanleiding geven tot dit verbalisme doordat ze in hun rapport stellen dat alhoewel er een fout begaan werd deze niet als voldoende zwaar mocht beschouwd worden om de aansprakelijkheid van de geneesheer te engageren.

3. Een andere verklaring van deze verwarrende terminologie is dat gezien de bewijsmoeilijkheden de slachtoffers van medische fouten hun toevlucht zullen nemen tot het strafrechtelijk geding met zijn ruimere onderzoeksmogelijkheden (135). Theoretisch nu bestaat er gelijkheid tussen de fout vereist voor toepassing van art. 418-420 Swb. en de fout van art. 1382-1383 B.W. (136) In de praktijk blijkt steeds dat de strafrechters

(131) JOSSERAND, *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*, D., 1939, Ch. 39; *Cours de Droit civil positif Français*, 3^e ed., II; RIJCKMANS en MEERT VAN DE PUT o.c. p. 380, Luik 30-7-1933 *Pas* 1933 II 39.

(132) Zie o.a. het overduidelijke arrest Cass. Civ., 30-10-1963, D., 1964 noot SAVATIER, die een duiding geeft van de in de rechtspraak voorkomende termen als faute caractérisée, 'méconnaissance certaine de ses devoirs'

(133) RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, p. 44

(134) PENNEAU, *La faute et erreur en matière de responsabilité*, n° 200

(135) zie hierover: DALCQ, *Faut-il...*, p.p. 98-99

(136) PENNEAU, J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*; PENNEAU J., *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, 1975, p.; DALCQ, *Problèmes actuels de la responsabilité civile, in Responsabilité professionnelle et assurances...*, p. 5

eerder huiverig staan om de geneesheren voor hun lichtste onvoorzichtigheid strafrechtelijk te veroordelen, (137) dit nu heeft een mefaste weerslag op de burgerlijke vordering: men gaat ook een zware fout vereisen.

Een interessante illustratie hiervan vinden we in het arrest van het Hof van Beroep van Brussel 138 dat het expertiseverslag aanhaalt: «il ne s'agit pas 'de la part du chirurgien d'une faute professionnelle lourde, qui pourrait entraîner sa responsabilité pénale, mais d'une faute technique due à sa maladresse', qu'il (expert) émet l'opinion 'que cet accident entraîne incontestablement la responsabilité civile des chirurgiens.»

4. Ook is er rechtspraak (139) aan te wijzen die gewag maakt van de in casu zware fout van de medicus, zonder deze als enig foutcriterium op te werpen om zo de lichte fout uit te schakelen. Het gaat dan eerder om de uitdrukking van een verontwaardiging dan om juridische relevantie.

Bij het vonnis van de rechtbank van Brussel van 8 maart 1978 stelt de annotator F.G. dat in de recente rechtspraak geen sporen meer voorkwamen van de 'zware fout' als medisch aansprakelijkheids criterium. Dat de rechtbank van Brussel slechts verbaal haar toevlucht nam tot de 'zware fout' moge blijken uit de formulering in het vonnis: 'Dat zelfs was deze korte verlenging van twee dagen met akkoord van Dr. Nimal gebeurd dit in dezelfde omstandigheden door elk ander voorzichtig handelend geneesheer kon gedaan geweest zijn en geen zware fout uitmaakt. (140)

Dit is het gemeenrechtelijk foutbegrip, verwijzing naar de 'zware fout' werkt verwarring in de hand en dient betreurd te worden.

In Nederland (141) benadert men het probleem via het begrip 'marginale toetsing.

De marginale toetsing gebeurt, zegt Wiarda (142), telkens waar de rechter bijzondere redenen aanwezig acht om zich bij de beoordeling van een bepaald gedrag te beperken tot gevallen waarin de overschrijding van de grenzen voor ieder redelijk mens evident moet zijn.»

«Men is het algemeen dan ook erover eens dat er voor de extra behoedzaamheid die bij marginale toetsing van de rechter wordt gevraagd bijzondere redenen moeten bestaan. Die kunnen verschillend van aard

(137) BOYER GRAMMARD, *La responsabilité médicale*, p. 91; Kritiek op de gelijkshakeling bij PIROVANO, *Faute civile et faute penale*, Parijs, 1966, DELVAUX, *RGAR*, 1977 n° 9797 La prescription de l'action civile résultant d'une infraction volontaire. Pour un retour à la dualité des fautes civiles ou pénales

(138) Brussel, 6-6-1972, *Pas.*, 1972, II, 163, DP, 1905

(139) Trib. Civ. Chateau Thierry, 7-6-1905, 504; Cass. 11-1-1932, I, 110, *GP*, 1932, I, 576; Cass. Fr. 3-4-1939, *S*, 1939, I, 166, *DH*, 1939, 337, Trib. Civ. Seine, 21-4-1953. *Sem. Jur.* 1953, II, 7631.

(140) Rb. Brussel, 8-3-1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10024

(141) DRION, A., *Onrechtmatige daad, III, Spéciale aansprakelijkheid*, 50, MICHIELS VAN KESSENICH HOOGENDAM beroepsfouten, n° 16, BORST, Problemen en perspectieven van de marginale toetsing, *W.P.N.R.*, 1969.

(142) WIARDA, De rechter tegenover vage rechtsvormen, *R.W.*, 1973-1974, kol. 177 e.v. Zie ook RONSE, De marginale toetsing, *T.P.R.* 1977, p 207.

zijn : het ontzien van beleidsvrijheid van overheid en vennootschapsorganen ; het inluiden van een nieuwe rechtsontwikkeling (kennelijk onredelijk ontslag) ; het uitzonderlijk karakter van een in redelijkheid of billijkheid gelegen correctief ten opzichte van hetgeen in het algemeen geldt. Marginale toetsing blijft dus de uitzondering ; ook bij vage normen (waaronder Wiarda art. 1401 Ned. B.W., ons art. 1382 rekent) is volledige toetsing regel.'

Men zou nu kunnen argumenteren dat in geval van verschillende mogelijke inzichten onder medici over de te stellen diagnose en de toe te passen behandeling, de geneesheer een beleidsvrijheid zou dienen te hebben en de rechter dus slechts mag toetsen of de arts *in redelijkheid* tot zijn beslissing had kunnen komen.

Dat de toetsing 'marginaal' is betekent in geen geval een differentiatie van het professionele foutbegrip ten op zichte van het gemeenrechtelijk foutbegrip, doch bedoelt slechts aan te duiden dat de verplichting, welke rust op de geneesheer in bepaalde gevallen een ruime beleidsvrijheid openlaat. Ons komt het voor dat het foutbegrip van art. 1382 deze beleidsvrijheid ruimschoots incalculeert. De daad, die valt 'buiten de marge' waarbinnen naar redelijkheid verschillend optreden mogelijk is ; is de daad welke een normaal zorgvuldig en gewetensvol geneesheer niet zou begaan. En of de arts in redelijkheid tot zulk een beslissing had kunnen komen zal de rechter toch steeds dienen af te leiden uit de mogelijke handelwijze van een normaal, zorgvuldig en gewetensvol geneesheer in soortgelijke omstandigheden.

Het gevaar in de formulering 'kennelijk onredelijke daad' is dat, zoals bij het vereisen van de 'zware fout' dit de indruk kan wekken dat het professionele foutbegrip verschilt van het gemeenrechtelijke.

De aansprakelijkheid van de advocaat

Onderscheid dient gemaakt tussen de verhouding van de advocaat tegenover zijn cliënt en tegenover derden.

De meerderheidsopvatting (143) in de rechtsleer is dat, aangezien er een contract bestaat tussen de advocaat en zijn cliënt (dat in zijn totaliteit meestal een samenstel is van lastgeving-dienstverhuring-bewaargeving : een contract sui generis of een gemengd contract) de advocaat contractueel aansprakelijk zal zijn wanneer het feit dat de schade veroorzaakt de schending is van het contract.

(143) Dalcq, *Traité*, I, p. 330, n° 842 en de daar geciteerde oudere rechtsleer, WATELET, P., *La responsabilité des avocats*, in '*Responsabilité professionnelle et assurances des risques professionnelles*', Larcier, 19 p. 125, COLETTE ROTTI, *Aansprakelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn cliënt*, in '*De Advokaat*', p. 5; DE GRIJSE, *Onrechtmatische daad Actuele tendensen*, p. 108; De beroepsaansprakelijkheid van de advocaat.

Maakt de contractuele fout daarenboven een strafrechtelijke inbreuk uit dan heeft de cliënt volgens de theorie van de samenloop de keuze. Gaat het om een louter extra-contractuele fout en louter extra contractuele schade dan staat de (quasi)-delictuele aansprakelijkheidsvorderingen.

Slechts een minderheidsopvatting (144) wijst de hypothese van het contract af.

Tegenover derden kan alleen de aquiliaanse aansprakelijkheid in het geding zijn (145).

De rechtspraak neemt het niet zo nauw met deze principes en verwacht vaak de delictuele en contractuele aansprakelijkheid of spreekt zich niet uitdrukkelijk uit over de aard van de aansprakelijkheid. Het belang ervan is trouwens relatief: zowel bij delictuele als bij contractuele aansprakelijkheid zal de handelswijze van de advocaat getoetst worden aan die van een 'normaal zorgzaam en voorzichtig advocaat gesteld tegenover dezelfde verplichtingen. Onderscheid volgens zwaarte van de fout dient niet gemaakt (146).

Nochtans oudere rechtspraak (147) verdedigde soms de stelling dat de advocaat alleen aansprakelijk kan gesteld worden voor zijn zware fout die met bedrog gelijk staat.

Deze visie werd door verschillende auteurs (148) bijgetreden.

Allen zijn bezorgd over de als te streng ervaren, geldende aansprakelijkheidscriteria uit het gemeen recht. De advocaat verleent een dienst aan de gemeenschap, hij moet bij het leiden van het proces en het uitbouwen van zijn verdediging van een grote vrijheid kunnen genieten; door zijn lichtste nalatigheid te beteugelen bewijst men niet de verschuldigde eerbied aan de advocaat die in steeds moeilijker omstandigheden zijn vele taken vervult en men ontnemt zo aan de balieleden elke zin voor nieuwe initiatieven in

(144) REUMONT, L'Avocat mandataire, *JT*, 1965, p. 149, VERMEYLEN, P., Règles et Usages de la profession d'avocat, 1940, 2042 en 2051, COLETTE ROTTI, o.c., wijst erop dat schending van deontologische en technische regels tot aq. Aanspr. aanleiding geeft: AUBRY-RAU, ed. IV 344

(145) M. L. JANSSENS, De aansprakelijkheid van de advocaat t.o.v. derden, in *De Advokaat*, p. 75, Dit is eerder een theoretische hypothese, cfr. DALCQ, R, Faut-il limiter, o.c., p. 102

(146) DALCQ, *Traité*, I, p. 33 n° 845; MAZEAUD TUNC, I, n° 515, DE GRUYSE, o.c., P. 109, Gent 11-6-1964, *Pas.*, 1965, II, 1V2, Cass., 30-4-1976, *Arr. Cass.*, 1976, 980; Cass. Fr., 5-8-1874, *D.*, 1865, I, 478.

(147) Brussel, 7-4-1857, *B.J.*, XV, 707, *Pas.*, 1857, 223; Rb. Charleroi, 14 (6-1889) *Pand. Pér.* 1890 n° 936; Brussel, 18-6-1907, *B.J.*, 1194, *Pas.*, 1908, III, 273; Rb. Brussel, 2-6-1886, *J.T.*, 1886, kol. 878, Rb. Brussel, 22-12-1855; Brussel, 9-3-1857, *Journ. Enr.*, n° 7741

Trib. Civ. Valence, 20-2-1905, *D.P.*, 1905, 2, 97; Lyon, 12-1-1932 S., 1933, 2, 46, Trib. Civ. Seine 6-5-1942, *Gaz. Pal.* 1942, 2, 35

(148) VERMEYLEN, P, o.c., 1052; Pandectes Belges; CREMIEU, L, *Traité de la profession d'Avocat*, Dalloz, 1954, 293, FOSSE, R., La responsabilité civile des avocats, *Sem. Jur.*, 1939, n° 92 LALOU, H, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 1962, 443; DEMOLOMBE, *Traité des Obligations*, VIII n° 556, LEEMANS *De la responsabilité civile des avocats*, Paris, 63-64 APPLETON, *Traité de la profession d'avocat* n° 243

de rechtshulp (149). Ook in recentere rechtspraak (150) vinden we de weerslag van deze opvatting terug.

Dat deze mildere aansprakelijkheidscriteria dienen verworpen, werd reeds genoegzaam aangetoond. Er is geen plaats voor gradering van het professionele foutcriterium tenzij de wetgever het uitdrukkelijk voorziet. Trouwens, wanneer de rechtbanken de zware fout als criterium hanteren bedoelen zij dan niet een fout die een 'normaal, plichtmatig en zorgvuldig advocaat' niet zou begaan.

Enkele uitreksels ter illustratie :

«Attendu que l'avocat ne répond pas des conseils qu'il donne à ses clients et que sa responsabilité n'est engagée que s'il y a eu de sa part soit de la fraude, soit des erreurs grossières équivalentes au dol, cette conception qui peut paraître large trouve son application dans le fait que la matière du droit dans son application dans les circonstances mouvantes de la vie ne permet pas toujours au juriste de trouver sur-le-champ la bonne et unique solution qu'impose la problème posé.» (Brussel 28-3-1961).

«Un avocat, tout comme un médecin, peut commettre, sans engager sa responsabilité, une erreur de diagnostic, sauf si elle est tellement grossière qu'elle est assimilable au dol ; on ne peut reprocher à l'avocat pour avoir mal interprété une loi ou une convention d'avoir conseillé à son client d'introduire ou de ne pas introduire une action, de s'incliner plutôt que de résister, même si l'évènement devait lui donner tort. Mais il ne peut permettre, sauf cas évident de force majeure, de laisser passer un délai préfix ; ce faisant, il se rend coupable d'une négligence grave' (Rb. luik 7-2-1963)

«Comment des négligences ou des erreurs que n'aurait pas commis un avocat normalement prudent et diligent» «en pareil pas l'erreur le manquement, la négligence sont constitutifs de faute lourde équipollentes au dol, et obligent à réparation» (Rb. luik 10-11-1966).

Nog dient vermeld dat er een wettelijk immuniteit bestaat, krachtens art. 452 Swb., voor aantijgingen en beledigingen van de advocaat die schade berokkenen aan de goede faam van derden, voor zover ze betrekking hebben op de zaak of de partijen.

Aanteigingen en beledigingen die vreemd zijn aan de zaak of de partijen kunnen wel aanleiding geven tot een publieke vordering en/of tot een burgerlijke vordering van de partijen of derden tegen de advocaat, naast de eventuele tuchtsancties voorzien door art. 444 en 445 van het Ger. Wb.

(149) M. L. JANSSENS, o.c. p. 79

(150) Brussel, 28-3-1961, *Pas.*, 1962, II, 181; Rb. Luik, 7-2-1963, *Jur. Liège*, 1962-1963, Rb. Luik 10-11-1966, *Jur. Liège*, 1966-1967, 131; Rb. Brussel, 21-2-1963, *Pas.*, 1963, III, 54

In Frankrijk bestaat een soortgelijk artikel (art. 41 van de wet van 29 juli 1881) dat een immunititeit schept voor 'les discours prononcées ou les écrits produits devant les tribunaux.'

De Franse wet van 31 december 1971 consacreert in zijn art. 27 het principe dat geen zware fout vereist is de advocaat is aansprakelijk 'en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de ses fonctions.' (151)

Het vermelde bezwaar tegen een al te stringente aansprakelijkheidsregeling moet niet opgelost worden door 'grove fout of bedrog' als enig aansprakelijkheids criterium te weerhouden. Het criterium de normale, plichtmatige en zorgvuldige advocaat' kan een heel eind tegemoetkomen aan de verzuchtingen van de advocaat.

In Nederland zijn de meningen verdeeld nopens het aansprakelijkheids criterium.

Sommigen (152) stellen dat opzet of een van opzet gelijk te stellen schuld vereist is, anderen (153) stellen dat de advocaat aansprakelijk is zoals iedereen die een hem door een overeenkomst of wet opgelegde verplichting niet nakomt.

HOOFDSTUK II : DE «GROVE FOUT» IN HET VERZEKERINGSRECHT

Drie wetteksten sluiten de 'grove fout' uit van dekking door de verzekeraar.

Algemeen stelt art. 16 van de Wet van 11 juni 1874:

'Geen verlies of schade veroorzaakt door de daad of de grove fout van de verzekerde, is ten laste van de verzekeraar, deze kan zelfs de premie voor zich behouden of ze opeisen indien hij reeds begonnen had risico's te lopen.'

Meer specifiek inzake brandverzekering bepaalt art. 33:

'De brandrisico's omvatten al de aan de verzekerde zaken toegebrachte schade ten gevolge van brand, buiten enige daad of grove schuld die aan de verzekerde persoonlijk zou te wijten zijn.'

en inzake levensverzekering bepaalt art. 41

'De verzekeraar is niet gehouden wegens overlijden van degene die zijn eigen leven liet verzekeren, wanneer dit overlijden het gevolg is van een gerechtelijke veroordeling, van een tweegevecht, van zelfmoord, behoudens het bewijs dat deze niet vrijwillig geschied is, of wanneer dit overlijden als onmiddellijke en rechtstreekse oorzaak heeft gehad een

(151) W. 71-1130, 31 december 1971, (J.O. 5-1-1972 J.C.P. III 38589 zie hiervoor FLECHEUX EN FABIANI, *La responsabilité civile de l'avocat*, D. Doct., 1974, 2613; VIS-MARD, Jur. Cl. Civ., XV, Résp. Civ., Avocats, 28.

(152) K. JANSEMA, N.J.B., 1943, p 193; KORTHALS ALTES, *Preadvies*, Ned. Adv. Vereniging zie ook de bij DRION, *Onrechtmatige daad*, III, geciteerde rechtspraak.

(153) DUYNSTER, N.J.B., 1943, p. 218, 's Gravenhage, 18-9-1944, N.J., 1946, 447.

misdaad of een wanbedrijf gepleegd door de verzekerde, waarvan deze de gevolgen heeft kunnen voorzien.'

Inzake motorrijtuigenverzekering (154) wijkt de wet van 1 juli 1956 af van het principe voorzien van art. 16 wet van 1874 daar krachtens art. 3 alinea 1 en art. 6 de verzekeraar de burgerlijke aansprakelijkheid van de verzekerde dekt welke ook de zwaarte van de fout is (155), terwijl art. 11 alinea 1 stelt dat 'Geen uit de wet of de overeenkomst van verzekering voortvloeiende nietigheid, exceptie of verval kan door een verzekeraar aan een benadeelde worden tegengeworpen.', wat met name de mogelijkheid uitsluit om aan het slachtoffer art. 16 van de verzekeringswet tegen te werpen (156). Contractueel (157) zal echter meestal de regresvordering, door art. 2 alinea 2 als mogelijkheid in de wet ingeschreven, voorzien zijn ingeval van zware fout van de verzekerde.

I De 'daad' van de verzekerde

De voorbereidende werken geven in het kort aan wat onder 'daad van de verzekerde' dient verstaan te worden.

'Le fait dont il est parlé dans cet article doit revêtir le caractère douloureux, pour priver l'assuré des droits qu'il puisait dans le contrat : il ne suffirait donc pas d'une simple négligence pour enlever à l'assuré l'indemnité stipulée.' (158)

In rechtsleer en rechtspraak bestaat hierover trouwens geen discussie de 'daad' waarvan sprake vergt een bedriegelijk opzettelijk karakter, de intentie om te schaden is daarbij niet vereist (159).

(154) voor een genuanceerde, visie, WETS, G., (I) *La loi du 1-7-1956 déroge-t-elle à l'article 16 de la loi du 11 juin 1874 et dans l'affirmative le recours de l'assureur contre l'assuré est-il possible quand il n'a pas été réservé?*, Bull. Ass., p. 599

(155) Cass., 17-5-1963 R.G.A.R. 7147; Cass., 17-6-1965, Bull. Ass., p. 878 obs; RGAR 7769, Brussel, 29-6-1967, Bull. Ass., 1968, 134 obs. R.V.G., R.G.A.R., 1968, 8048 obs.

VAN RIJN, R.C.J.B., 1963, p. 323; BEYERS, *Les Nouvelles Droit Commerciale*, V, Véhicules Automoteurs, n° 443

(156) Brussel, 5-12-1966, Bull. Ass., p. 576, obs. R.V.G.; Brussel, 26-3-1971, R., 1972, 8940 obs.

(157) Cass., 30-5-1975, R.W., 1975-1976, kol. 993, obs., Pas., 1975, I, 936, obs; Cass., 28-11-1975, Pas., 1975, noot E.K. p. 387, noot L. FAGNART, R.G.A.R., 1974, 9351, Brussel, 28-6-1963, Bull. Ass., p; 892, obs. R.V.G.; Brussel, 28-2-1964, Bull. Ass., 898 obs. R.V.G., Brussel, 21-10-1968 Pas., 1969, II, 10; R.G.A.R., 1970, 8373, obs. J.F.; Luik, 9-10-1968, Pas., 1968, II, 302; J. Liège, 1968-1969, p. 241

(158) Verslag Baron D'Anethan, Parl. Stukken Senaat, 1872-1873, p. 23 zie ook Paarl. Jaarb. Senaat Verklaring, De Lantsheere, Min. van Just., 1872-1873, NYSSSENS DE BAEDTS, *Commentaire législatif du Code de commerce*, 1888, dl. II, n° 449-521-616-630-646-654

(159) VAN EECKHOUDT, *Le droit des assurances terrestres*, 1933, n° 160; Pandectes Belges, V° Faute, n° 1; MONETTE DE VILLE, ANDRE, *Traité des Assurances terrestres*, dl. I, n° 291, p. 400; ANDRE, *La faute grave de l'assuré*, Bull. Ass., 1949 20.

II De 'groeve fout' van de verzekerde

Bij de bespreking van art. 16 verklaarde de rapporteur d'Anathan in de senaat: 'on met sur la même ligne le fait et la faute grave.' De wetgever van 1874 heeft op die manier in art. 16 het aloude adagium 'Culpa lata dolo aequiparetur' uitdrukkelijk in het verzekeringsrecht bevestigd (160) en heeft op die manier een einde gesteld aan de controverse die bestond over het oude art. 352 van het wetboek van koophandel waarvan sommigen beweerden dat het elke fout van de verzekerde, zelfs de lichte, uitsloot uit de verzekering, terwijl anderen stelden dat een onderscheid diende gemaakt tussen de gewone onvoorzichtigheid; welke wel en de groeve fout en opzettelijke fout welke niet verzekerbaar waren. (161)

Toen Hayoit de Thermicourt (162) in zijn mercuriale van 15 september 1957 het adagium 'Culpa lata dolo aequiparetur' als ongegrond bestemde voor het contractenrecht, maakte hij echter uitdrukkelijk voorbehoud voor die gevallen waarin de wetgever uitdrukkelijk de gelijkstelling heeft voorzien, waaronder art. 16 van de wet van 1874.

'Wanneer het, door bijzondere wetten met betrekking tot de regeling van bepaalde contracten, in de bedoeling van de wetgever heeft gelegen dat een voorschrift of een verbod niet alleen in geval van bedrog doch ook in geval van groeve schuld van kracht zou wezen, dan heeft hij er voor gezorgd zijn wil tot uiting te brengen door middel van de woorden 'le fait ou la faute grave' (W. 1874 art. 16)...'

Deze uitdrukkelijke gelijkschakeling zou zijn rechtvaardiging vinden op het morele vlak doordat diegene die een zware nalatigheid begaat en helemaal niet om het belang van anderen bekommerd is, even streng behandeld verdient te worden als de verzekerde die opzettelijk faalt, (163) daarenboven komt de gelijkschakeling tegemoet aan de bewijsmoeilikheden van de verzekeraar die het 'geweten' van de verzekerde zou moeten kunnen peilen om het opzet te bewijzen (174). Ook het algemeen belang zou ermee gediend zijn, het zet de verzekerde immers aan tot grotere voorzichtigheid (165). Verzekeringstechnisch zou de 'groeve fout' evenals het bedrog trouwens, niet verzekerbaar zijn, aangezien het toeval uitgeschakeld wordt (166) en aangezien de zware fout valt buiten de normale risico's welke de verzekeraar als basis voor premieberekening in aanmerking kan nemen (167). Eertijds gold ook als argument dat aangezien exoneratie van aansprakelijkheid bij zware fout verboden is, ook de verzekering van de zware fout dient uitgesloten (168).

(160) ANDRE, *o.c.*, Bull. Ass., 1949, p. 21; MONETTE DE VILLE ANDRE, *o.c.*, p. 401

(161) LALOUC, *Traité des assurances terrestres* 1944 p. 143.

(162) HAYOIT DE THERMICOURT, *o.c.*, zie p. 65.

(163) FEYAERT ERNAULT, *Nouvelles Droit commerciale*, V, Les Assurances, n° 935.

(164) MONETTE DE VILLE ANDRE, *o.c.*, I, n° 92-94, p. 136-137. FONTAINES, *Droit des assurances*, 1975, p. 84.

(165) LABBE noot bij Cass. Fr. 15-3-1876 *Rec. Gen. Sirey* 1876-1879 p. 89.

(166) MONETTE DE VILLE ANDRE, *o.c.*, I, n° 74, p. 117.

(167) cfr. Rapport DE LANTSHEERE, *o.c.*, ANDRE, *o.c.*, p. 21.

(168) MONETTE DE VILLE ANDRE, *o.c.*, I, n° 96, p. 138.

Frédérique heeft de beperkte geldingskracht van deze argumenten aangetoond (169), doch met hem moeten we vaststellen dat, welk ook de motieven van de wetgever mogen geweest zij, de lege lata de assimilatie van 'grove fout' en 'opzet' in art. 16 een feit is, en dat de 'grove fout' krachtens deze bepaling van openbare orde (170) onverzekerbaar blijft. Rijst dan de vraag: wanneer is een fout zwaar genoeg om aan opzet gelijkgesteld te worden.

Het behoort tot de soevereine beslissingsmacht van de feitenrechter dit uit te maken.

Na onderzoek van de Belgische rechtspraak besluit Frédérique: 'il est impossible, actuellement, de déterminer par avance, dans les cas douteux, si un tribunal décidera que l'on se trouve devant une faute lourde. La Cour de Cassation estime qu'une telle faute est celle 'assimilable à un fait intentionnel'; cette limitation semble de nature à éviter des abus, mais c'est aux juridiction du fond d'apprécier si la condition est remplie. Or nous avons pu constater dans la jurisprudence belge récente le manque de ligne directrice lorsqu'il faut déterminer si, en fait, une imprudence ou une négligence constitue une faute grave, au sens de l'article 16' (171)

Nochtans hebben verscheidene auteurs steeds getracht richtlijnen te definiëren om niet in totale rechtsonzekerheid te vervallen.

Simplifiërend zouden we twee hoofdrichtingen kunnen onderscheiden: die welke, objectiverend, de nadruk wil leggen op het onderscheid dat tussen grove fout en opzet bestaat, een andere die eerder de nadruk erop legt dat de grove fout aan opzet dient gelijkgesteld; de subjectiverende richting.

Onderzoeken we deze rechtsleer.

1. 'Grove fout': objectief gehalte

Een objectieve benadering vinden we bij Labbé: (172)

De 'grove fout' is de fout begaan door iemand die 'n'avait pas compris, n'avait pas prévu ce que tout le monde aurait compris ou prévu.'

De auteur van de Répertoire Pratique (173) definieert de zware fout als 'créer une situation de risque telle que la probabilité de voir la responsabilité de l'assuré engagée soit augmentée au delà de tout mesure'.

Musschaert (174) schrijft over de 'grove fout' 'C'est celle qui résulte d'une

zware fout, art. 6 voorontwerp verzekeringswet.

(170) FEYAERT ERNOULT, *o.c.*, p. 47; BEYERS, *o.c.*, n° 448; LALOUX, *o.c.*, n° 148; MONETTE DE VILLE ANDRE, *o.c.*, n° 294; FREDERIQUE S., *o.c.*, p. 72 en de daar geciteerde rechtspraak. VAN DE PUTTE, *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, 1979, p. 138. WETS, *o.c.*, II, p. 606 en rechtspraak Cass., 2-6-1967, *Pas.*, 1967, I, 1174; *J.T.*, 1967, 533; *R.W.*, 1967-1968, 239; *R.G.A.R.*, 7959.

(171) FREDERIQUE, *o.c.*, p. 65, n° 48.

(172) LABBE, *Rec. Gen. Sirey*, 1878-1879 p. 89.

(173) R.P.D.B., *Complément*, III, n° 177.

(179) MUSCHAERT, *Commentaire de la loi...*, *o.c.*

négligence ou d'une imprudence excessives et telles que n'en commettrait pas une personne non assurée.»

Dezelfde idee vinden we ook bij Namur (175), Van Eeckhoudt (176), Laloux (177), wanneer zij allen, met nuances weliswaar, de 'grove fout' grove fout bestempelen als 'une négligence excessive et partant inexcusable'

Al deze formuleringen neigen ertoe het gemeenrechtelijk zware fout begrip en de grove fout van art. 16 van de wet van 1974 te identificeren. De kritiek van Frédéricq (178) hierop dient onderschreven:

'la faute lourde (en droit civil) est caractérisée de manière théorique: c'est une faute non intentionnelle, mais 'tellement grossière, tellement excessive, qu'elle rend le débiteur inexcusable', puisqu'il «a omis d'apporter à l'exécution de son obligation les soins que personne néglige». De telles notions ne peuvent s'appliquer en matière d'assurance où il faut tenir compte de la personnalité de l'auteur de la faute. Bien des assurés, même des hommes généralement prudents, commettent occasionnellement des fautes incompréhensibles et apparemment inexcusables (179).

Een al te extensieve interpretatie van de grove fout zou inderdaad ingaan tegen het doel van de verzekering: de gevolgen van onvoorzichtigheden - zelfs zware - op de verzekeraars af wentelen (180).

In zijn belangwekkende studie 'La faute grave et l'assurance de responsabilité' pleitte Janssens Brigode (181) voor een nieuwe interpretatie van de grove fout uit art. 16 inzake aansprakelijkheidsverzekeringen.

Hij veroordeeld de gelijkschakeling met het opzet en de daaruit volgende onverzekerbaarheid. Immers waar in de zakenverzekering de gelijkschakeling gerechtvaardigd is omwille van de vrees van de verzekeraar dat onder het mom van zware nalatigheid een moeilijk bewijsbare opzettelijke fout van de verzekerde zou schuil gaan, die aan deze laatste de schade-loosstelling oplevert, geldt dit niet in de aansprakelijkheidsverzekering. De zware fout die de aansprakelijkheid meebrengt moet volgens Janssens-Brigode dan ook verzekerbaar zijn.

Voor wie deze oplossing afwijst als te radicaal, stelt Janssens Brigode dan voor aan de 'grove fout' minstens een objectieve inhoud te geven. 'Dé-

(175) NAMUR, *Le Code de Commerce belge révisé*, éd. tIII n° 1480.

(176) VAN EECKHOUDT, *Le droit des assurances terrestres*, n° 160.

(177) LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, n° 159.

(178) Zie ook HORSMAN, zoals ook Luik, 30-5-1960, *J.T.*, 1964, p. 156.

(179) FREDERICQ, *o.c.*, p. 63, n° 45.

(180) FREDERICQ, *T.P.R.*, 1969. Overzicht van rechtspraak verzekeringen, n° 29 zie ook V.H., bij scheidsrechtelijke beslissing 4-9-1972, *BULL. Ass.*, 1972, p. 1264.

(181) JANSSENS BRIGODE, A., *La faute grave et l'assurance de responsabilité R.G.A.R.* 1942, 3756; opvatting verdedigd door HORSMANS G. noot bij Luik, 30-5-1960, *J.T.*, 1961 p. 156.

pouillé de tout caractère douloureux ou intentionnel la faute grave de l'art. 16 devra donc s'interpréter non dans le sens d'un risque inassurable (opzettelijk fout) mais référence au risque normal, objet habituel de la garantie. Ce que l'on peut énoncer également en disant en vertu du texte légal, les parties sont présumées avoir exclu de leurs prévisions les risques exceptionnels.'

Deze uitzonderlijke risico's, deze zware fouten worden beoordeeld vanuit het gedrag van de doorsnee verzekerde.

'Ce comportement n'est pas celui du bon père de famille prudent et consciencieux mais celui des hommes ordinaires tels qu'ils sont compris dans la loi des grands nombres, c'est à dire négligents et assez indifférents à la sauvegarde des biens et de la personne d'autrui'

Centrale idee is hier dus het 'verbroken evenwicht' tussen de prestaties van verzekeraar en verzekeringnemer: 'Lorsqu'un sinistre révèle par ses circonstances mêmes que le comportement de l'assuré a été anormalement dangereux, que le coefficient prévu de probabilité a été dépassé, il y aura là un risque anormal échappant à la garantie.'

Moeilijkheid hierbij is dat men van de rechter vraagt de waarschijnlijkheidscoëfficiënt, die in het verzekeringscontract wordt verondersteld te zijn opgenomen, als maatstaf voor de 'grove fout' te hanteren.

Bij deze benadering sluit Wets (182) aan. Hij gaat uit van de vaststelling dat het verzekeringscontract een kanscontract is: er moet ruimte blijven voor de alea.

Artikel 16 betekent voor het verzekeringscontract wat art. 1975 B.W. betekent voor de lijfrente.

Wanneer het risico zeker (opzettelijke fout) of met quasi-zekerheid (zware fout) zich zal voordoen verdwijnt het aleatoir karakter, dat noodzakelijk is opdat er van verzekeringscontract sprake zou zijn.

Het objectief criterium dat Wets aldus hanteert is de verwaarloosbare 'alea' tot risicoverwezenlijking die overblijft.

2. Grove fout: subjectief gehalte

De 'grove fout' wordt bij R. André (183) vanuit verzekeringstechnisch oogpunt bekeken.

De centrale idee is dat de wet de verzekeraar niet verplicht om technisch niet verzekerbare risico's op zich te nemen, te verzekeren 'au delà des limites prévisibles ou prévus du risque, c'est à dire au delà des limites de la probabilité statistique moyenne qui a servi à l'établissement de la prime.'

(182) WETS, G., Nullité, annulabilité, inexistance du contrat d'assurances, *çBull. Ass.*, 1962, p. 412.

(183) ANDRE, R., La faute grave de l'assuré, *Bull. Ass.*, 1949, 20.

(184) WETS, Mullité, annulabilité, inexistance du contrat d'assurances, *Bull. Ass.*, 1953, p. 406.

De enige vraag vanuit verzekering-technisch oogpunt is dus of de fout vatbaar is voor statistische observaties, dit wil zeggen of ze een voldoende ruimte laat aan het toeval bij de verwezenlijking van het risico, zodat het verzekeringscontract niet tot spel vervalt.

Volgens André is het zo dat niet alleen het opzet, doch ook de grove fout technisch onverzekerbaar zijn, zij heffen het risico (gedeeltelijk) op: immers deze zware fout veronderstelt dat de verzekerde wist of moest weten dat het risico zich zou voordoen:

Dat de 'grove fout' juridisch moet gelijkgeschakeld worden met het opzet betekent niet dat de 'grove fout' een quasi-intentionele fout zou zijn (184), doch wel dat zij, als 'faute consciente' (185) uit verzekeringstechnisch oogpunt niet anders kan behandeld worden dan de intentionele fout. (186) De aldus gedefinieerde grove fout sluit trouwens ook nauw aan bij het bedrog: 'En effet si la faute lourde n'est pas le dol, elle présente tous les aspects du dol en point que en présence des circonstances du sinistre on peut se demander si l'assuré eût agi autrement s'il avait voulu le sinistre ou si l'assuré n'a pas agi avec une désinvolture telle qu'on peut dire qu'il a en quelque sorte voulu l'accident.' Tot daar R. André.

Het Hof van cassatie heeft in 1953 twee principe-arresten gevelde, die later herhaaldelijk bevestigd (187) en door de lagere rechtspraak gevolgd werden, op unanieme wijze.

De grove fout onderstelt een objectief en een subjectief element.

Het arrest van 29 januari 1953 definieerde het subjectieve element:

'Dat dienvolgens met te beslissen dat voor de toepasselijkheid van voormeld artikel 16, een niet opzettelijk vergrijp, slechts een zwaar vergrijp kon uitmaken indien namelijk de dader bewust is geweest of had moeten zijn van de verzwaring van het verzekerde risico welke het medebracht, het arrest geen enkel der in het middel bedoelde wetsbepalingen geschonden heeft'

Het Hof definieerde het objectief element op 22 mei 1953

'Overwegende dat de fout van de verzekerde welke de verzekeraar van de last der schade bevrijdt een fout is welke inzonderheid het door het verzekeringscontract gedekte risico verergert'

Zowel dit objectieve als dit subjectieve element doen vermoeden dat het 'grove fout' begrip uit de verzekeringswet het gemeenrechtelijk zware fout begrip niet dekt.

(185) Anders FREDERICQ, o.c., 'Cet argument n'est pas fondé alors que le sinistre volontaire supprime l'élément aléatoire, il n'en va pas de même de la faute grave. Celle ci n'entraîne pas la certitude du dommage mais augmente seulement la probabilité. Le hasard continue à jouer un rôle. Techniquement, la faute lourde peut être couverte pas assurance.

(186) VAN EECKHOUT, *Le droit des assurances terrestres*, 1933, n° 160, MONETTE DE VILLE ANDRE, o.c., p. 400.

(187) Cass., 29-1-1953, *Arr. Cass.*, 1953-371, *Pas.*, I., 415; 22-5-1953, *Arr. Cass.*, 1953-651, *Pas.*, I., 415; *R.G.A.R.*, 1954, 5324 met noot DRION..

A. Objectief element:

Niet elke gemeenrechtelijke zware fout kan als zware fout in de zin van art. 16 beschouwd worden: een verzwaring van het verzekerde risico buiten de dekking van het contract is vereist.

Zouden bepaalde, soms veel voorkomende zware nalatigheden, als 'zware fout' bestempeld worden, de verzekering zou veel van haar nut verliezen (188).

Kernvraag zal zijn: viel de zware nalatigheid binnen de risico's waarvan de verzekeraar de dekking op zich genomen heeft.

Aangezien moet geacht worden dat de verzekeraar de contractsvaardwaarden bepaalt in functie van de persoon van de verzekerde, zal de dekkingsomvang in concreto dienen omschreven te worden rekening houdend met de persoon van de verzekerde.

Enkele uitspraken die deze in concreto-beoordeling duidelijk in het licht stellen ter illustratie.

'S'il est normal qu'une compagnie n'entende traiter qu'avec des personnes conscientes et respectueuses de leurs obligations, il faut également tenir compte de certaines aggravations dont les assurés comme en l'espèce, vu la profession du défendeur (représentant en spiritueux) peuvent être occasionnellement la cause'

Rb. Hoei 18-11-1964 J. Liège 1964-1965 p. 164, Rev. Gen. A. Resp. 7506, J.T.p. 268.

'dat x een kleine aannemer was, die weinig onderlegd was, dat hij juist door zijn gebrek aan vakkennis en onderlegdheid onbewust en onopzettelijk het ongeval heeft veroorzaakt, dat het verzekeraar risico voor eiseres die wist of alleszins weten moest dat zij met dergelijk weinig onderlegde aannemer contracteerde, juist bestond in de mogelijkheid dat deze laatste, door zijn gebrek aan onderlegdheid en vakkundigheid, op een bepaald ogenblik een font zou begaan die een schadeberokkenend ongeval zou kunnen meebrengen, zodat het haar vrijtand met hem niet te contracteren of minstens de verzekeringspremie aan het aldus wegens onkundigheid van de verzekeringsnemer. Bestaande risico aan te passen. Cass, 14-3-1969, Pas., 1969, 618; R.W., 1968-1969, 1803; R.G.A.R., 8671, Bill. Ass., 1970, 465; Arr. Cass., 651.

'Attendu qu'il résulte du dossier répressif que l'intimé (l'assuré avait consommé des boissons alcooliques mais que, compte tenu de ce qu'il ne se trouvait pas en état d'ivresse, il ne peut être dit qu'il avait bu dans une mesure excédant les prévisions normales d'un assureur contractant avec un très jeune homme qui doit normalement sortir avec des admis de son âge.'

Rb. Brussel 18-12-1974 onuitgegeven, geciteerd Fichier André, en in dezelfde zin Luik, 25-1-1966, J. Liège, 1966-1967, p. 28.

Ook de algemene tijdsgeest waardoor bepaalde veelvoorkomende zwaarwichtige nalatigheden toch door de verzekeraars voor dekking in aanmerking worden genomen dienen bij de bepaling van de dekkingsomvang ingecalculeerd. Zo bijvoorbeeld:

'Sont exclues des causes d'exonération les imprudences même assez graves dès qu'il apparaît que l'assureur a pu ou dû en tenir compte. Tel est le cas de l'abandon des voitures, portières non fermées et munies de leur clef de contact, en raison de la fréquence du fait et de sa notoriété.'

Hrb. Luik 26-7-1970 Jur. Com. Belg. 1971 p. 1 Obs, R.G.A.R. 8984

(188) FREDERICQ, Overzicht van Rechtspraak. Verzekeringen, T.P.R., 1969, n° 29 noot V.H. bij Rb. Dendermonde 1-6-1972 Bult. Aus 1973 n° 29.

'Het gebruik van gebrekkig materiaal in omstandigheden die technisch gevaarlijk zijn maakt een grove fout onvoorzichtigheid uit die maar al te vaak voorkomt. Het maakt evenwel geen zware fout uit die gelijk te stellen is met een opzettelijke daad.'
Scheidsr. beslissing Dinant 4-9-1972 *Bull. Ass.* 1972 p. 1255 noot (V.T.)

B. Subjectieve element:

Het Hof van cassatie stelt dat de grove fout die fout is welke kan gelijkgesteld worden met de intentionele, opzettelijke fout omdat de verzekerde er zich van bewust was of moest zijn dat zij een verzwaaring meebracht van het gewaarborgde risico.

Dit beduidt niet dat de verzekerde de manifeste bedoeling had die schadelijke daad te stellen. Het is voldoende dat men zich vrijwillig in een situatie heeft gebracht waarvan men wist of behoorde te weten dat het risico verzaard werd.

Gaat het hier om een louter subjectieve benadering in concreto of betekent de vereiste: 'de verzekerde moest er zich van bewust zijn' een element van objectivering en abstrahering.

Volgens Frédéricq (189) zou een louter subjectieve benadering onbillijk zijn, in identieke omstandigheden zal één verzekerde zich wel bewust zijn van de verzwaaring van het risico, een ander zal niets merken. Vandaar de objectivering in de vereiste: 'hij moest weten'.

Vooraf inzake dronkenschap aan het stuur heeft de rechtspraak (190), en vooral het Hof te Luik, deze benadering gevolgd, en gesteld dat door de gevoerde campagne in de pers; langs radio en televisie, op aanplakbiljetten langs de verkeerswegen, niemand nog beweren kan geen kennis te hebben van de grote fout die hij begaat door het risico te nemen dronken te sturen.

De objectivering bestaat er dan in dat rekening gehouden wordt met de kennis en de sociale verplichtingen welke van elkeen vereist worden in het maatschappelijk leven. Ander element ter objectivering zou zijn de van elkeen vereiste kennis van de wet (191).

Zoals Van Gompel (192) aantoonde bleef deze neiging naar een appreciatie 'in abstracto', ook in de hierboven aangehaalde rechtspraak, nochtans beperkt en beoordeelt de rechter toch steeds volgens de persoon, de plaats en de concrete omstandigheden.

(189) FREDERICQ, o.c., p. 35, HORSMANS, o.c., p. 156.

(190) Luik, 1-6-1960, *Bull. Ass.*, 1960, Liège 1960-1961 p. 1.

Luik 6-12-1960 *Bull. Ass.*, 1961, 97; Luik 2-2-1961, *Bull. Ass.*, 1961, 424, Luik, 9-2-1961, *J. Liège*, 1960-1961, 201; Luik, 14-6-1961, *Bull. Ass.*, 19862, 317, *R.G.A.R.*, 6955; Luik 10-4-1963, *Bull. Ass.* 1964, 71, obs., Luik 15-6-1967, *Pas.*, 1968, II, 30, *R.G.A.R.*, 7886; Brussel 26-2-1969, *Pas.*, 1969, II, 115; Brussel 2-5-1969, *R.G.A.R.*, 8297.

(191) R. V. G., noot bij Luik 2-6-1961 *Bull. Ass.*, 1961 p. 428.

(192) VAN GOMPEL, R., Comment s'apprécie la faute grave de l'assuré', noot bij Brussel 21-12-1962, *Bull. Ass.*, 1963, p. 275.

(191) noot A.T. bij Vred. Etterbeek 10-2-1977, *Bull. Ass.*, 1977; CARTON DE TOURNAI en VAN DER MEERSCH, *Assurances terrestres contrat en général*; n° 175, p. 32.

Ook in de rechtsleer (193) wijst men er voortdurend op dat elk geval in concreto moet beslecht worden.

De rechtspraak geeft dan ook geen eenduidig antwoord op vragen als: 'Is het rijden in staat van dronkenschap, in staat van uiterste vermoeidheid, met kale banden enz... een zware fout?'

Ter illustratie van deze in concrete beoordeling enkele overduidelijke uitspraken gepukt uit de overvloedige rechtspraak.

Met betrekking tot dronkenschap...

'Si celui-ci est un alcoolique chronique, il peut se faire que l'intoxication ne se produise que progressivement et très lentement et que le conducteur n'ait pas pu se rendre compte en se mettant au volant que son état physique ne permettait pas de le faire sans danger'

Hrb. Luik 10-9-1060 J. Liège 1960-161 p. 287

'Overwegende dat nevens het feit het appellant zich in dronken toestand bevond, de eerste rechter oordeelkundig laat opmerken dat appellant gelet op zijn fysische toestand moest beseffen toen hij begon te drinken dat hij als een kind wordt en alle wilskracht mist om binnen de perken van een normaal verbruik te blijven.'

Brussel 23-9-1965 Bull. Ass. p. 565 obs R. V.G., Pas. 1966 II 218, *R.G.A.R.*, 7908 obs. Mahieu.

Overwegende dat X, als geneesheer, zich in de konkrete omstandigheden der zaak bewust moest zijn dat hij wegens zijn overdreven bierverbruik niet meer in staat was een voertuig veilig te besturen.

Brussel 18-3-1969 *R.W.* 1969-1970 kol 425

'Attendu qu'il incombe à la demanderesse de rapporter la preuve que le défendeur a eu ou devait avoir conscience de son état; qu'elle ne peut trouver cette preuve que dans les faits de la cause et non dans une pétition de principe qui consiste à déclarer cette preuve préétablie par la seule circonstance que les 'mass média' ont procédé à de nombreuses campagnes d'information qui font que tout automobiliste est censé avoir dû se rendre compte des risques commis'.

Rb. Luik 22-9-1975 Pas. 1975 II 1961

Met betrekking tot oververmoeidheid...

Overwegende dat uit het huiswaarts keren van een jonge man in de ochtenduren, zoals hierboven beschreven (om 6 uur, aan een snelheid van 60 à 70 km per uur, zonder te hebben geslapen, na 's nachts een maaltijd te hebben verbruikt) niet noodzakelijk kan worden afgeleid dat hij bewust was van een oververmoeidheid van dien aard dat hij plots in slaap zou kunnen vallen...»

Rb. Ontvangen 25-6-1970 *R.G.A.R.* 1971 85 74

Dat... het voor de meeste personen zéér moeilijk is juist te beseffen welk hun weerstandsvermogen is aan vermoeidheid en slaperigheid; dat het dan ook bezwaarlijk als zware fout kan worden aangemerkt... dat iemand zijn graad van vermoeidheid of slaperigheid, die naargelang de omstandigheden zeer verschillend kan zijn, onderschat of zijn weerstandsvermogen overschot.'

Hrb. Leuven 19-9-1967, *R.G.A.R.* 1968, 8113

(193) CASSART, BODSON, *L'Assurance automobile obligatoire, o.c.*, p. 214; VAN DEUR M, *De Verzekering van motorrijtuigen* 1974, p. 271; MONETTE DE VILLE ANDRE, *o.c.*, tI, n° 298; BEYENS, *Droit commercial V*, n° 451, FREDERICQ, *o.c.*, p. 58, FREDERICQ, *Overzicht van Rechtspraak, T.P.R.*, 1969.

Met betrekking tot 'kale banden'

'L'assuré était ou devait nécessairement être conscient de l'aggravation du risque assuré au-delà de toute prévision par suite de l'usure à 100% des deux pneus arriérés et une telle faute permanente constitue une faute caractérisée inexcusable puisque si l'usure des pneus s'est, il est vraie produite progressivement, une telle situation dommageable devait depuis longtemps déjà avoir été aperçue par l'assuré'

Brussel 12-2-1971 *Bull. ass.* 1972 p. 83 obs R.V.G. *R.G.A.R.* 1972 98

'La preuve de la conscience de l'état défectueux des pneus peut ne pas être rapportée lorsque le conducteur s'était vu confier très peu de temps auparavant et en vue d'un essai, une voiture qui n'avait parcouru que 5000 kilomètres environ.

Rb. Charleroi 14-12-1968 *R.G.A.R.* 1969 8232

Men zou kunnen stellen dat waar het gemeenrechtelijk foutbegrip via de constructie 'bonus pater familias in dezelfde omstandigheden als de schadeverwekker' binnen zekere grenzen geconcretiseerd wordt, waar de gemeenrechtelijke 'zware fout' in abstracto beoordeeld werd, bij de beoordeling van de 'zware fout' uit het verzekeringsrecht volledig zal rekening gehouden worden met de individuele situatie van de verzekerde om uit te maken of hij behoorde op de hoogte te zijn van het risico. Ook voor wat het subjectieve element betreft wordt dus ons vermoeden bevestigd dat het grove foutbegrip uit de verzekering, het gemeenrechtelijk 'zware fout' begrip niet dekt.

Besluit

Uitgaande van de irrelevantie van de foutgradering voor de (quasi)-delictuele aansprakelijkheid, onderzochten we welke de betekenis was van het begrip 'zware fout' in de contractuele aansprakelijkheid, waar het begrip immers, in België vooral tot 1959 en in Frankrijk nog steeds van belang bleef.

We stelden een renaissance vast van het begrip 'zware fout' in de professionele aansprakelijkheid, toch toonden aan de hand van de aansprakelijkheid van advocaten, geneesheren en notarissen aan dat de hedendaagse rechtspraak slechts verbaal een toevlucht neemt tot begrippen als 'zware fout', gekarakteriseerde fout, en zekere miskenning van zijn verplichtingen.'

De vergelijking van het gemeenrechtelijk begrip zware fout en de grove fout uit art. 16 van de verzekeringswet, toonde aan dat het hier gaat om vlaggen die niet dezelfde lading dekken.