QUASI-DELICTUELE AANSPRAKELIJKHEID EN OVEREENKOMSTEN (*)

door

J.H. HERBOTS
Gewoon hoogleraar K.U.L.

1. In een recent Engels handboek over aansprakelijkheid leest men over het verschil tussen wanprestatie en onrechtmatige daad reeds op de eerste bladzijde:

,,Thus the law of torts determines when one person must pay another compensations for harm wrongfully caused. (...) But a tortsuit is very like an action for damages for breach of contract, for there the amount claimed is claimed as compensation for harm, and it is claimed on the ground that the defendant caused the harm wrongfully, by breaking his word. Indeed many actions for damages can be based indifferently on breach of contract or on tort. To the extent that there is a difference, it can be summed up by saying that in tort the plaintiff's complaint is that he has lost what he had, while in contract he complains that he did not get what he had a right to; that in tort the plaintiff says that the defendant did something he should not have done, whereas in contract the plaintiff says that he failed to do what he ought to have done; and that in tort the defendant's behaviour is tested against the standards laid down by the general law of the land, while in contract it is measured against his individual promise.'' (1).

En in het klassieke *Winfield and Jolowicz on tort* leest men in dezelfde zin:

,,This example — and many others are to be found in the history of tort [a topic may move from the law of contract into the law of tort] — may make it appear that there is no enduring reason for distinguishing tortious from contractual liability, and there is, moreover, plentiful opportunity for both forms of lability to co-exist on one and the same set of facts. A dentist who contracts to pull out my tooth is, of course, liable to me for breach of contract if he injures me by an unskilled extraction. But he is also liable to me for the tort of negligence; for every one who professes skill in a calling is bound by the law, agreement or no agreement, to show a reasonable amount of such skill [Edwards v. Mallan, 1908, 1 K.B. 1002]. I cannot recover damages twice over, but I may well have alternative claims for

(*) Preadvies uitgebracht op de Jaarvergadering van de Vereniging voor vergelijking van het Recht in België en Nederland op 21 en 22 november 1980 te Den Haag.

(1) WEIR, Tony, *A casebook on Tort*, Sweet and Maxwell, 1970², 1.

damages under different heads of legal liability. Would it not, therefore, be advantageous to bring tortious and contractual liability together in one book under some such titel as ,,the law of obligations''?''(2)

2. Tussen de contractuele en aquiliaanse aansprakelijkheid bestaat er ook in ons recht geen wezenlijk verschil. Er bestaan tussen die twee aansprakelijkheden slechts technische verschillen — die onzes inziens trouwens, waar mogelijk, liefst de wereld zouden moeten uitgeholpen worden. De bestaande, technische verschillen doen evenwel de vraag rijzen of een partij bij het zich voordoen van een schadegeval, terwijl er een contractuele band bestaat met degenen die dit schadegeval veroorzaakt heeft, mag kiezen zich op de regels van het ene, dan wel van het andere aansprakelijkheidsregime te beroepen(3). Dit is het probleem van de samenloop van aansprakelijkheden, in de omgang soms cumul genoemd.

Enkele voorbeelden:

Een gevaarlijk product wordt per spoor vervoerd. In een station wordt het pak zonder bewaking op de kaai gelaten en het ontploft. Een treinreiziger wordt gewond. Hoewel er een contract bestaat tussen die onfortuinlijke reiziger en de N.M.B.S., kan het slachtoffer er de voorkeur aan geven op grond van artikel 1382 B.W. een vordering in te stellen tegen de vervoerder(4). Mag dat?

Een huurder wordt, bij het bewonderen van een carnavalstoet, levensgevaarlijk gewond door het instorten van het balkon van het gehuurde huis. Het ongeval is te wijten aan een gebrek aan onderhoud vanwege de verhuurder. Kan het slachtoffer de aansprakelijkheid uit de onrechtmatige daad van de verhuurder op grond van artikel 1386 B.W. opwerpen(5)?

Een muur van een huis in opbouw stort door een constructiefout gedeeltelijk in. Drie voorbijgangers worden gewond, waaronder toevallig ook de bouwheer(6). Kan laatstgenoemde om zijn schade vergoed te zien, zich tegen de onvoorzichtige ondernemer keren op grond van diens quasi-delictuele aansprakelijkheid?

In de drie gevallen bestaat er tussen eiser en verweerder een overeenkomst van personenvervoer, een huurovereenkomst en een aanneming van bouwwerken. Daarom lijkt in een rechtsstelsel waarin de anti-samen-

(2) Winfield and Jolowicz on tort, 1971[9], Sweet and Maxwell, 18.

(3) Vermits dit preadvies met een Engels citaat begon, kan ter illustratie een lijst van technische verschillen in het Engelse recht gevonden worden in voetnoot 29.

(4) VAN RIJN, *R.C.J.B.*, 1957, 302.

(5) CARBONNIER, *Droit civil*, nr. 196, 699.

(6) VAN RIJN, *t.a.p.*, 308; *J.T.*, 1975, 506; zie echter MAZEAUD-TUNC, II, 76.

loopstheorie domineert in de drie gevallen het antwoord negatief. In ons recht waarin tot in de zeventiger jaren de samenloopstheorie domineerde, lijkt het in de drie gevallen positief te moeten zijn.

Om de Belgische doctrinale discussies terzake goed te begrijpen, moet men de Franse rechtsleer en rechtspraak kennen. Vandaar een eerste hoofdstuk waarin het Franse recht geschetst wordt.

HOOFDSTUK I

HET FRANSE RECHT
LA FRANCE CONTRE LE RESTE DU MONDE(7)

AFDELING 1

DUIDELIJK ONDERSCHEID TUSSEN DELICTUELE EN CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

§ 1. Eenheid of dualiteit

3. Een aantal auteurs, — diegenen vooral die, zoals Planiol, de fout beschouwen als de schending van een préexisterende verbintenis — hebben gesteld dat de natuur van de fout steeds dezelfde is, of het nu gaat om de schending van een verbintenis ontstaan uit een overeenkomst, of van een wettelijke verplichting of van een algemene plicht tot voorzichtigheid die aan eenieder opgelegd is. De hedendaagse auteurs, zoals H.L. en J. Mazeaud, Marty en Raynaud, brengen de twee aansprakelijkheden dichter bij elkaar en beschouwen de verschillen die tussen beide ontstaan als bijkomstig.

Maar de rechtspraak, in navolging van de traditionele rechtsleer, heeft daarentegen steeds een scherp getrokken onderscheid gemaakt tussen de contractuele fout en de delictuele fout. Het loutere feit dat in het eerste geval de schuldenaar bij overeenkomst een verbintenis op zich geladen heeft, volstaat om die hypothese te onderscheiden van diegene waarin de verantwoordelijke voor de schade de algemene plicht van voorzichtigheid die op eenieder weegt geschonden heeft.

Het Franse wetboek maakt een duidelijk onderscheid tussen de contractuele en delictuele aansprakelijkheid. Het burgerlijk wetboek bevat

(7) LE TOURNEAU, Ph., *La responsabilité civile,* 1976², 65 tot 137. COLLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Précis de droit civil,* 1964, 362, nr. 688; — zie ook: MARTINE, N., *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle,* proefschrift, L.G.D.J., 1957; ESPAGNON, M., *La règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle en droit civil français,* proefschrift, Paris I, 1980.

twee onderscheiden reglementeringen: de aansprakelijkheid die voortspruit uit een delict of quasi-delict (art. 1382 e.v.) en de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de niet-nakoming van verbintenissen uit overeenkomst (art. 1146 e.v.). Er zijn dus twee ordes van burgerlijke aansprakelijkheid (in tegenstelling tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid), en elk heeft tot doel het herstel van een schade die veroorzaakt werd door een fout.

§2. Twee regimes

Hier volgen nu de verschillen tussen beide regelingen:

De bekwaamheid

4. De delictuele bekwaamheid is mindereisend dan de contractuele. De minderjarige die goed van kwaad kan onderscheiden, wordt aansprakelijk voor zijn delicten en quasi-delicten. De minderjarige blijft daarentegen onbekwaam om zelf een overeenkomst te sluiten.

De ingebrekestelling

5. Schadevergoeding voor delicten en quasi-delicten is verschuldigd zonder ingebrekestelling. Krachtens artikel 1146 B.W. daarentegen is de ingebrekestelling van de debiteur noodzakelijk in het geval van contractuele aansprakelijkheid.

Het belang van dit onderscheid is ten eerste dat bij contractuele aansprakelijkheid de schuldeiser slechts vergoeding kan bekomen voor de schade die pas na de ingebrekestelling ontstond, terwijl bij delictuele aansprakelijkheid het slachtoffer algehele vergoeding van de schade kan vragen zonder op de datum van het ontstaan ervan te letten.

Bij verbintenissen met betrekking tot een bepaalde zaak, ten tweede, maakt de ingebrekestelling dat de schuldenaar het risico draagt indien de verschuldigde zaak zou vergaan of beschadigd worden.

Indien de verbintenis tenslotte een som geld betreft, doet de ingebrekestelling de wettelijke interest lopen.

De niet-aansprakelijkheidsbedingen of de aansprakelijkheidsbeperkende bedingen: zijn nietig in het ene, geldig in het andere geval

6. De rechtspraak verklaart alle overeenkomsten met betrekking tot de delictuele of quasi-delictuele aansprakelijkheid nietig, weze het niet-aansprakelijkheidsbedingen of clausules die een forfait vaststellen (beperkende clausules of strafbedingen). De reden die hiervoor in de arresten gegeven wordt, is dat het hele systeem van artikel 1382 tot artikel 1386 B.W. van openbare orde is.

De exoneratieclausules zijn in beginsel — er zijn hierop wel wettelijke uitzonderingen, bijvoorbeeld in het transportrecht — geldig met betrekking tot de contractuele aansprakelijkheid.

Dit geldt zowel voor de persoonlijke fouten van de schuldenaar, als voor de fouten van zijn ondergeschikten; zowel voor de schade aan zaken als voor lichamelijke letsels (alhoewel sommigen, zoals de gebroeders Mazeaud dit laatste betwisten).

Jurisprudentiële uitzondering

7. Traditioneel wordt gesteld dat partijen weliswaar op geldige wijze zich kunnen exonereren voor hun contractuele aansprakelijkheid, maar geenszins voor hun delictuele. Er gebeurt dan een substitutie: de wegbedongen contractuele aansprakelijkheid wordt vervangen door de delictuele aansprakelijkheid die universele gelding heeft en die trouwens, van openbare orde zijnde, niet geëlimineerd kan worden. Aldus zou het voordeel van een exoneratieclausule slechts een omkering van de bewijslast opleveren, vermits bij delictuele aansprakelijkheid de fout door de schuldeiser bewezen moet worden, in tegenstelling tot de contractuele aansprakelijkheid waarbij de fout vermoed wordt.

Zoals wat lager zal gezien worden, zou men kunnen zeggen dat een resultaatsverbintenis vervangen wordt door een middelenverbintenis.

Dit is lange tijd de rechtspraak geweest. Maar betrekkelijk recent heeft ze haar stelling verfijnd door de werkdadigheid van de clausule te onderscheiden met betrekking tot de opzettelijke en de zware fouten.

Voor de lichte fouten hebben de exoneratieclausules hun volle effect. De schuldeiser kan geen vergoeding bekomen, indien hij zich slechts op een lichte fout van de schuldenaar beroept(8).

De zwaarte van de fout

8. Om 't even welke fout, zelfs de lichtste, brengt quasi-delictuele aansprakelijkheid teweeg. De omvang van de contractuele aansprakelijkheid daarentegen verandert al naargelang de aard van het contract (art. 1137), en volgens beperkende of verruimende clausules.

De hoegrootheid van de schadevergoeding

9. De vergoeding lijkt kleiner bij contractuele aansprakelijkheid (art. 1150-1151 B.W.) dan bij delictuele; met name zal slechts de *voorzienbare* schade vergoed worden.

(8) Com., 25 juni 1959, *D.*, 1960, 97, noot Rodière: LE TOURNEAU, *a.w.*, 109, nr. 290.

Voor beide aansprakelijkheden komt slechts de *rechtstreekse* schade in aanmerking. Maar de auteur van een delictuele fout moet zelfs de onvoorzienbare schade vergoeden. Voor de contractuele aansprakelijkheid zal de schuldenaar uitzonderlijk toch de onvoorzienbare schade moeten vergoeden bij *opzettelijke* fout; en de Franse rechtspraak stelt hier de *grove* fout aan gelijk.

De debiteur die de vergoeding tot de voorzienbare schade zou willen beperkt zien, moet het bewijs van de onvoorzienbaarheid leveren. Die wordt *in concreto* geapprecieerd, in het licht van wat een normaal mens in dezelfde omstandigheden geplaatst, zou denken. De schade moet voorzienbaar zijn in zijn oorzaak en hoegrootheid. Een voorbeeld: een in bewaring gegeven auto wordt gestolen. In de koffer ervan was een pas aangekochte Permeke geborgen.

Solidariteit

10. Solidaire verbintenis van rechtswege voor diegenen die op grond van eenzelfde delict verbonden zijn. Geen solidariteit van rechtswege voor diegenen die debiteur zijn op grond van een zelfde contract.

Verjaring

11. In beginsel is voor beide aansprakelijkheden de verjaringstermijn dertig jaar. Bij delictuele aansprakelijkheid wordt de termijn dikwijls teruggebracht tot tien, drie of één jaar, door de verbinding van de burgerlijke vordering aan de strafvordering (alnaargelang het om een misdaad, een wanbedrijf of een overtreding gaat). Volgens een traditioneel beginsel inderdaad brengt de verjaring van de publieke vordering deze van de burgerlijke mee.

Wanneer een schadeaanrichtend feit terzelfdertijd een onrechtmatige daad is en een strafbaar feit (*un délit civil* en *un délit pénal*), zal de verjaringstermijn van de burgerlijke vordering, zelfs indien ze voor een burgerlijke rechtbank gebracht wordt nadat er uitspraak gedaan werd over de publieke vordering, dezelfde zijn als die van de publieke vordering.

Le Tourneau is over die regel niet te spreken, terloops gezegd.

Bevoegdheid

12. Bij de territoriale bevoegdheidsregeling zijn er verschillen aan te stippen tussen de twee aansprakelijkheden:

Delict: de rechtbank van de plaats waar hetzij het delict begaan werd, hetzij de schade geleden werd;

Contract: de rechtbank van de plaats waar hetzij de schuldenaar verblijft, hetzij het contract uitgevoerd moet worden.

Bij contractuele aansprakelijkheid kunnen partijen, indien ze allen handelaar zijn, door een beding dat op zeer duidelijke wijze in het contract wordt ingelast, de bevoegde rechtbank kiezen.

Het toepasselijk recht (9)

13. Bij wetsconflicten zal in beginsel bij delictuele aansprakelijkheid de *lex loci delicti* toepasselijk zijn, wijl dit bij contractuele aansprakelijkheid de ,,proper law of the contract'' zal zijn (in beginsel het door partijen gekozen recht).

Bewijs

14. In beginsel wordt het bestaan van de fout vermoed door het enkele feit van de niet-nakoming van het contract (art. 1137 B.W.). Bij delictuele aansprakelijkheid anderzijds moet de fout bewezen worden (art. 1382 B.W.). Hierop gaan we in de volgende paragraaf wat dieper in.

§ 3. Op wie rust een bewijslast?

15. De contractuele aansprakelijkheid en delictuele aansprakelijkheid hebben dit punt gemeen dat ze beiden van de eiser het bewijs vergen van het oorzakelijk verband en van de schade. Ze verschillen wat betreft de bewijslast met betrekking tot de fout.

Bij onrechtmatige daad moet de fout bewezen worden door diegene die een ander een persoonlijk feit wil ten laste leggen dat vreemd is aan een contract en dat het ontstaan geeft aan een schuldvordering in zijnen hoofde.

Bij contractuele aansprakelijkheid wordt de fout vermoed. Het hoort dus de schuldenaar die zich bevrijd beweert, toe het precieze feit van overmacht aan te tonen.

Dit beginsel moet genuanceerd worden:

A. Vermoedens van aansprakelijkheid

16. De delictuele aansprakelijkheid houdt vermoedens in (présomptions de faute et présomptions de responsabilité), die de eiser in een situatie plaatsen die gelijkaardig is aan deze waarin de schuldeiser van een resultaatsverbintenis zich in bevindt. Aldus bijvoorbeeld weegt op de bewaker van een zaak krachtens artikel 1384, al. 1, een resultaatsverbintenis, alle

(9) Zie BATIFFOL-LAGARDE, 289; KURATOWSKI, *Int.L.Q.* 1947, 172; NIBOYET, *Revue,* 1951, 161; BRAVO, L.F., *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en doit international privé, Recueil des Cours de l'Académie de droit international,* 1975, III, 347.

derden die in aanwezigheid van de zaak zullen geplaatst worden, ongehavend te houden.

B. Bijzonder regime van de contractuele middelenverbintenis

17. In 1925 stelde Demogue voor alnaargelang het voorwerp van de verbintenis te onderscheiden tussen resultaatsverbintenissen en middelenverbintenissen (inspanningsverbintenissen).

Resultaatsverbintenis

Er zijn contracten waarin de debiteur een bepaald resultaat belooft.

Voorbeelden:

— de koper belooft de prijs te betalen;
— de S.N.C.F. belooft een reiziger ter bestemming te brengen(10);
— een garagist belooft een auto te herstellen.

De meeste contractuele verbintenissen zijn resultaatsverbintenissen: de schuldeiser wenst een resultaat te bekomen, al wordt het zeer zwaar voor de debiteur.

De fout wordt vermoed

18. Telkens de niet-nagekomen verbintenis als een resultaatsverbintenis kan beschouwd worden — en die categorie bevat alle verbintenissen tot een geldsom — wordt de contractuele fout geïmpliceerd door het louter feit van de niet-uitvoering.

De schuldeiser moet de fout niet afzonderlijk bewijzen: het volstaat hem aan te tonen dat het contract een bepaalde verplichting bevatte te zijnen voordele (hetgeen weliswaar een interpretatie kan vergen), en dat die verplichting niet nagekomen werd. Wat betreft de bewijslast is hier een wezenlijk verschil aanwezig tussen de delictuele aansprakelijkheid en de contractuele: terwijl in de ene (op grond van art. 1382 B.W.) de precieze fout van de verweerder moet aangetoond worden door het slachtoffer, wordt in de andere (op grond van art. 1147 B.W.) de fout van de verweerder vermoed.

(10) In de Common law daarentegen belooft de transporteur slechts de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen.
Aldus David PUGSLEY in zijn (gestencilde) lezingen tijdens de zomersessie van 1980 te Coimbra van de Faculté Internationale de droit comparé.

Dit vermoeden is nochtans niet onweerlegbaar

19. De debiteur kan zich ontlasten (art. 1147 B.W.) door te bewijzen dat de niet-nakoming het gevolg is van een vreemde oorzaak die men hem niet kan toerekenen.

Men weet dat er drie vreemde oorzaken zijn: de overmacht(11), de daad van een derde, de daad van de schuldeiser, met name het slachtoffer (die bijvoorbeeld de sleutel op de hotelkamerdeur laat staan). De gebeurtenis moet drie kenmerken vertonen: onweerstaanbaar, onvoorzienbaar(12), uitwendig aan de invloedsfeer van de schuldenaar.

Zou de debiteur van een resultaatsverbintenis zich kunnen ontlasten door te bewijzen dat zijn gedrag vlekkeloos was, geen spoor van een fout vertoonde, omdat hij alle zorgen besteedde aan de nakoming van zijn verbintenissen? Dit lijkt niet de oplossing te zijn die in de rechtspraak geldt: over het algemeen wordt aan de schuldenaar het bewijs gevraagd van de preciese oorzaak (argument in art. 1302, lid 3). Alle gevallen waarin de oorzaak onbekend blijft, twijfelachtig of anoniem, blijven ten laste van de schuldenaar.

Middelenverbintenis

20. Er zijn andere overeenkomsten waarin de debiteur niets anders belooft dan ten dienste van de schuldeiser alle middelen waarover hij beschikt te plaatsen, en zijn uiterste best te doen voor de zaak.

Voorbeelden:

— de geneesheer belooft niet de zieke te genezen, maar slechts hem gewetensvolle, aandachtige zorgen te besteden in overeenstemming met de verworven gegevens van de wetenschap.
— de haarkapper die dames capillaire behandelingen laat ondergaan, met name het verven van het haar, belooft niet dat alles perfect zal verlopen.
— de bankier is in algemene regel slechts tot een middelenverbintenis gehouden (met uitzondering van zijn verbintenissen als bewaarnemer en als verhuurder van brandkoffers).

(11) *Force majeure* en *cas fortuit* zijn synoniem in de praktijk.

(12) Soms niet vereist, zoals in het cassatiearrest van 1972 waarbij bacterieën die afvoerbuizen uitvreten — hetgeen voorzienbaar maar in de huidige stand van de wetenschap onweerstaanbaar is — als overmacht beschouwd werden voor de aannemer van bouwwerken.

— de verbintenis tot leveren van de verkoper is een resultaatsverbintenis, die echter gepaard kan gaan met bijkomende middelenverbintenissen, met name de plicht de zaak te bewaren, en de plicht de nodige inlichtingen te geven.

De fout moet bewezen worden

21. Telkens de niet-nagekomen verbintenis beschouwd kan worden als een middelenverbintenis, kan de fout niet meer afgeleid worden louter uit de afwezigheid van een resultaat.

Het wordt noodzakelijk een oordeel te vellen over het gedrag van de debiteur, en een vergelijking te maken tussen hetgeen hij deed en hetgeen hij had moeten doen.

Artikel 1137 B.W. geeft de vergelijkingsformule aan. De contractuele debiteur moet handelen als een *bonus pater familias,* een zorgzame en ijverige volwassene, een gemiddeld mens, met zin voor zijn verantwoordelijkheden. De fout die dit abstract model niet zou begaan is in beginsel — er zijn uitzonderingen bijvoorbeeld artikel 1882 B.W. of artikel 1927 B.W. — de lichte fout (niet de zeer lichte). Die moet bewezen worden.

22. Uit het onderscheid tussen resultaatsverbintenis en middelenverbintenis mag niet besloten worden dat er gevallen zouden zijn van contractuele aansprakelijkheid *zonder fout.* De fout van de contractuele debiteur wordt steeds vereist. Het practisch gevolg van het onderscheid is groot, maar het is beperkt tot de bewijslast.

De resultaatsverbintenis blijft fundamenteel verschillend van de ,,obligation de garantie'', waarbij de debiteur zich niet ontlasten kan door op overmacht een beroep te doen.

Een voorbeeld van een garantieverbintenis: de beroepsverkoper of de producent kan niet ontsnappen aan zijn verplichting de schade te vergoeden die een verkocht gebrekkig product veroorzaakte.

SAMENVATTENDE TABEL

Verschillen tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid

	Voordeligste vordering voor de eiser
1. Bekwaamheid	Delictuele
2. Ingebrekestelling	Delictuele
3. Exoneratiebedingen	Delictuele
4. Zwaarte van de fout	Delictuele
5. Hoegrootheid van de vergoeding	Delictuele
6. Solidariteit	Delictuele
7. Verjaring	Contractuele
8. Bevoegdheid	Contractuele
9. Toepasselijk recht	Contractuele
10. Bewijs	Contractuele(13)

AFDELING 2

HET TOEPASSINGSGEBIED VAN DE CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

23. De contractuele aansprakelijkheid:

1. vereist een geldige overeenkomst tussen de auteur van de schade en het slachtoffer;
2. ontstaat slechts tussen partijen;
3. ontstaat uit de niet-nakoming van een in de overeenkomst vervatte verbintenis.

§ 1. Een geldige overeenkomst moet er zijn

Deze vereiste doet in de praktijk vraagtekens rijzen.

(13) Behalve wanneer het om een middelenverbintenis gaat, en er een beroep zou kunnen gedaan worden op een vermoeden van (quasi-delictuele) aansprakelijkheid.

Pré- of post-contractuele periode

24. Er is geen contractuele fout wanneer de schade veroorzaakt werd in de periode die het sluiten van de overeenkomst voorafging, of op de afloop ervan volgde, vermits er nog geen contract is, of geen meer is.

De fouten die begaan worden tijdens de besprekingen of bij gelegenheid van een aanbod om te contracteren zijn delictueel (*culpa in contrahendo*).

Wanneer het contract zijn uitwerking heeft gehad, of verbroken of ontbonden werd, zal de aansprakelijkheid die later tussen de ex-contractanten zou kunnen opgelopen worden delictueel zijn.

Onzekerheid of er wel een contract bestaat

25. In bepaalde gevallen hangt de aarzeling nopens de aard van de toepasselijke aansprakelijkheid af van de onzekerheid over het bestaan van een overeenkomst. Zie het vervoer om niet.

Het zou logisch lijken het bestaan van een vervoercontract te aanvaarden in geval van gratis vervoer (voorbeeld: ,,autostop''). De rechtspraak heeft echter steeds geweigerd die weg op te gaan. Het slachtoffer moest zijn vordering gronden op artikel 1382. De gemengde kamer van het hof van cassatie bracht op 20 december 1968 een ommekeer in de rechtspraak. Binnen de delictuele aansprakelijkheid moet het slachtoffer (,,de autostopper'') de fout van de bestuurder niet meer bewijzen: hij mag voortaan steunen op artikel 1384, eerste lid, en geniet van het vermoeden van aansprakelijkheid.

De situatie van het slachtoffer lijkt dus erg op deze die het zou gehad hebben op het contractuele vlak. Maar het hof van cassatie blijft sterk gekant tegen de aanvaarding van de stelling van een contract bij ,,transport à titre bénévole''.

Een ander voorbeeld levert de aansprakelijkheid van de geneesheer. Gedurende lange tijd beschouwde de rechtspraak dat de geneesheer niet contractueel aansprakelijk was, maar gehouden was tot een delictuele aansprakelijkheid.

In een zeer gekend arrest van 1936, de zaak Dr. Nicolas c. épouse Mercier, veranderde het hof het geweer van schouder en besliste dat het om een contractuele aansprakelijkheid ging.

Het contract moet op geldige wijze gesloten zijn

26. Er bestaat geen contractuele fout indien het contract nietig is, weze de nietigheid absoluut dan wel betrekkelijk.

§ 2. Het slachtoffer moet partij zijn bij het contract

27. Er is geen contractuele aansprakelijkheid wanneer het slachtoffer vreemd is aan het contract.

Weliswaar kan een derde die vreemd is aan een contract zich beroepen op de schending ervan als op een fout indien de door hem geleden schade eruit voortvloeit. Maar in dergelijk geval verwijt de derde die vreemd is aan het contract aan een contractant een fout die ten zijnen opzichte delictueel is.

Voorbeeld:

een derde die op bezoek bij een vriend gewond wordt in een liftongeval kan zich keren op delictuele grondslag tegen de onderhoudsfirma waarmee de vriend, eigenaar van het gebouw, contracteerde.

Een uitzondering op die regel werd door de rechtspraak gemaakt inzake de *vervoerovereenkomst* ten voordele van de verwanten en aanverwanten waartegen het overleden slachtoffer een alimentatieplicht had(14). Sinds een cassatiearrest van 1932 konden die verwanten een beroep doen op het contract. Later werd beslist dat ze mochten verkiezen de delictuele vordering in te stellen (— iets wat het slachtoffer zelf dus niet had gekund).

§ 3. De schade ontstond uit de niet-nakoming van de overeenkomst

28. Van zodra een schade ontstaat *uit de niet-nakoming* van een overeenkomst — weze dit een gebrekkige of een gedeeltelijke niet-uitvoering, of een slechte of laattijdige uitvoering — treedt de contractuele aansprakelijkheid in het spel. Hierbuiten speelt de delictuele aansprakelijkheid.

Er mag niet verward worden met het geval van de schade die geleden wordt *bij gelegenheid* van een contract. *Een voorbeeld:* een hotelhouder doodt een gast.

29. Maar men moet de ganse inhoud van een overeenkomst in overweging nemen. Naast de verbintenissen die de contracterende partijen uitdrukkelijk voorzien hebben, moeten de gevolgen van het contract bekeken worden volgens artikel 1135 B.W.

De niet-nakoming van een overeenkomst kan aldus een hoofdverbintenis of een bijkomende verbintenis betreffen.

---

(14) Cass., 19 juni 1951, *D.*, 1951, 717, noot Ripert, *J.C.P.*, 1951, II, 6426, noot Becqué, *S.*, 1952, I, 89, noot Nerson; Civ., 23 januari 1959, *D.*, 1959, 281, noot Rodière.

Een hoofdverbintenis:

De inhoud van de overeenkomst moet nagepluisd worden.

Een voorbeeld: een verhuurder die aan zijn huurder geen dak en afscheiding bezorgt.

Een bijkomende verbintenis:

Sommige verbintenissen zijn stilzwijgend in een overeenkomst vervat, als vereist door de billijkheid, het gebruik of de wet.

Aldus wordt over het algemeen in bepaalde contracten het bestaan van een bijkomende verbintenis tot het geven van inlichtingen aanvaard(15).

In talrijke overeenkomsten heeft de rechtspraak beslist dat een partij tegenover de medecontractant gebonden was door een verbintenis tot veiligheid. De rechtspraak heeft aldus het domein van de contractuele aansprakelijkheid uitgebreid. Die ,,obligation de sécurité'' werd ingevoerd voor de vervoerovereenkomst in 1911 in een beroemd arrest(16). Nadien werd dit tot talrijke contracten uitgebreid. Nochtans merkt men bij het lezen van die arresten dat die bijkomende verbintenis in het vervoercontract een resultaatsverbintenis is, maar in andere contracten (bijvoorbeeld met de uitbater van kermisspelen, van een manège, van een skilift) slechts een middelenverbintenis(17).

AFDELING 3

VERBOD VAN SAMENLOOP

In de veronderstelling dat er contractuele aansprakelijkheid voorhanden is, wordt het de eiser in vergoeding toegelaten zich te beroepen op de regels van de onrechtmatige daad?

§ 1. Het beginsel

30. Op kordate manier heeft het hof van cassatie stelling genomen tegen de samenloop van de twee aansprakelijkheden.

(15) LE TOURNEAU, *a.w.*, 382, nr. 1117. Bijvoorbeeld bij verkoop: Com., 25 november 1963, *Gaz.Pal.*, 1964, 1, 281.

(16) LE TOURNEAU, *a.w.*, 379, nr. 1103-1113.

(17) LE TOURNEAU, *a.w.*, 256, nr. 704, 708 en 701.

De delictuele aansprakelijkheid kan de contractuele betrekkingen niet beheersen.

Zo luidt het beginsel van de niet-inmenging van de delictuele aansprakelijkheid in de contractuele aansprakelijkheid dat in 1890 gevestigd werd en sindsdien met kracht herhaald (18).

Een voorbeeld: Een hotelhouder kan voor de val van een trap van een hotelgast slechts contractueel aansprakelijk zijn.

Het uitsluiten van de delictuele aansprakelijkheid strekt zich uit tot de vermoedens van aansprakelijkheid: de artikelen 1384, 1385 en 1386 B.W.

Rechtvaardiging

31. Men meent in Frankrijk dat dit een gezond beginsel is. Het contract moet behoed worden voor de aantrekkingskracht die door artikel 1382 B.W. e.v. uitgeoefend wordt.

De vordering op grond van de delictuele aansprakelijkheid is een subsidiaire vordering.

Het beginsel van de wilsautonomie laat partijen vrij hun overeenkomst in te richten zoals hen dit past. Indien aan de partijen de mogelijkheid gelaten werd artikel 1382 e.v. te doen tussenkomen met betrekking tot schade voortvloeiend uit de niet-nakoming of de slechte uitvoering van een contract, zou het contract als geheel verstoord zijn.

32. Met deze stelling staat het Franse hof van cassatie alleen.

In Nederland wordt door de Hoge Raad en een meerderheid van auteurs aanvaard dat samenloop van wanprestaties en onrechtmatige daad mogelijk is. De gedraging waarbij de verplichting uit overeenkomst wordt overtreden moet tevens het karakter dragen van schending van een geschreven of ongeschreven buitencontractuele plicht.

Door de Hoge Raad werd sinds het eind van de vorige eeuw de samenloop aanvaard. Artikel 1401 Ned. B.W. is van toepassing indien een gedraging onafhankelijk van de schending van een contractuele verplichting onrechtmatig is.

Mijn mede-preadviseur heeft hier evenwel, samen met Boukema en Schoordijk, kritiek op.

(18) Civ., 21 juli 1890, *D.P.*, 1891, 1, 380.

In de overgrote meederheid van de rechtssystemen (Zwitserland, Italië, Duitsland, Common Law) wordt de stelling van de principiële samenloop der aansprakelijkheden gehuldigd (19).

§ 2. Uitzonderingen in de rechtspraak

Men vindt nochtans arresten waarin de toepassing van artikel 1382 e.v. B.W. aanvaard werd in de betrekkingen tussen contractspartijen.

1. Ogenschijnlijke uitzondering

33. Het gebeurt niet zelden dat partijen door onachtzaamheid of onbekwaamheid van hun raadsman, artikel 1382 e.v. inroepen, alhoewel ze door een overeenkomst gebonden zijn. Indien in dit geval de oplossing dezelfde zou zijn, afgezien van de ingeroepen juridische grondslag, is de verleiding groot voor de rechtbanken om de slecht ingestelde vordering toch aan te nemen.

Opgemerkt kan worden dat sinds het decreet van 9 september 1971 de rechter de bevoegdheid heeft een niet-ingeroepen rechtsregel toe te passen op voorwaarde de rechten van de verdediging te eerbiedigen.

---

(19) Zie voor Zwitserland: CUENDET, J., *La faute contractuelle et ses effets,* 1970². Het Federaal Hof lijkt de samenloop te aanvaarden. De auteur bespreekt het nut van de samenloop en de uitzonderingen erop; ABDEL-WAHAB, A.R., *Le concours de responsabilité contractuelle et délictuelle en droit français et en droit suisse,* proefschrift Genève, Alexandrië, 1963.

Een constante rechtspraak beslist in Duitsland dat indien een gedraging aan de vereisten voldoet zowel van de contractuele fout als van de delictuele fout, in beginsel beide vorderingen tegelijkertijd open staan. PALANDT geeft het voorbeeld van een geneesheer. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch,* München, 1978, 164. Zie ook ARENS, *A.C.P.* 170, 392; BRUNS, *Jus.,* 71, 221.

Voor Engeland schrijft FURMSTON, M.P.: „It is proposed in this paper to deal in outline with the position in English law, where a fact-situation has arisen between two parties A and B, such that at first sight A appears to have a claim against B, both in Contract and in Tort. It is not proposed to consider the position where A may have a claim against B in Contract and C in Tort.

The basic question which arises is whether A can sue B in both contract and tort or whether this choice is restricted in some way. The question is one of considerable practical importance for the rules relating to contract and tort differ on many, signifcant points, so that, for exemple, the court may have jurisdiction over one claim and not the other; the measure of damages may vary or the defendant may enjoy some personal immunity which is only available in respect of claims of one class.

Despite its importance it is doubtful whether the question is capable of a simple answer. The courts have prefered to restrict themselves to considering how the question should be answered in the particular and limited context in which it has arisen and there has been little judicial effort to generalise. (...)

Brown v. Boorman [(1842) „Q.B. 511 (Exchequer Chamber); affirmed (1844) 11 Cl. & F. 1 (House of Lords)] suggests that a plaintiff can elect to sue either in tort or in contract. Formerly he could not combine both claims in the same action but nowadays any number of causes of action between the same parties can be joined together, subject to the power of the Master to exclude any cause of action which cannot conveniently be tried with the others (Rule of the Supreme Court, 1883, order XVIII. *The Annual Practice,* 1962, 443-448). It is important therefore to consider what result follows where the result of the contractual and tortious actions is different. This can best be done by considering *seriatim* particular instances where this problem arises, (FURMSTON, M.P., *Le problème des cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle,* International Academy of Comparative law, sixth Congress, Hamburg, July 1962). Zie ook: International Encyclopedia of comparative law, vol. XI Torts, Chapter I. Introduction (A. TUNC).

2. Een andere schijnbare uitzondering

34. Die vloeit voort uit de mogelijkheid die aan het slachtoffer erkend wordt om het strafbaar feit in te roepen, wanneer de contractuele fout terzelfdertijd een inbreuk op de strafwet betekent.

Dat het slachtoffer van een contractuele fout, die terzelfdertijd een strafbaar feit is, zich burgerlijke partij kan stellen voor de strafrechtbanken is slechts een schijnbare uitzondering op de regel van de niet-inmenging.

De strafrechtbanken moeten de regels van de contractuele aansprakelijkheid toepassen op de burgerlijke vordering. Maar een volgens Le Tourneau betwistbare rechtspraak beschouwt dat de vordering in vergoeding die voor de strafrechtbanken gebracht wordt door een contractant die slachtoffer is van een strafbaar feit van delictuele aard is.

3. De geschonden verbintenis is vreemd aan de overeenkomst

35. Bepaalde arresten kunnen uitgelegd worden door het feit dat de geschonden verbintenissen eigenlijk geen deel uitmaakten van de overeenkomst. Spijts de aanwezigheid van een contract, is er inderdaad delictuele aansprakelijkheid indien de fout vreemd is aan het contract. Er moet een verhouding bestaan tussen het contract en de schade opdat de aansprakelijkheid contractueel weze. Telkens de schade het gevolg is van een fout die uitwendig is ten opzichte van het contract, met andere woorden van de schending van een verbintenis die onafhankelijk is van het contract, is die fout delictueel: slechts de delictuele aansprakelijkheid kan toegepast worden.

Voorbeelden:

— de vliegmonitor veroorzaakt, na afloop van de les, de dood van een leerling;
— personen, die contracteerden voor het vervoer van goederen, lopen lichamelijk letsel op;
— een veearts veroorzaakt lichamelijk letsel bij de eigenaar van de door hem verzorgde hond;
— de bouwondernemer veroorzaakt de ineenstorting van een naburig onroerend goed dat toebehoort aan de bouwheer;
— de ski-monitor wordt gewond door zijn leerling.

4. Exoneratieclausules

36. Een werkelijke uitzondering is deze: sommige arresten beschouwen als een delictuele fout de niet-nakoming van verbintenissen waarvan de contractuele oorsprong duidelijk is.

Wanneer de contractuele aansprakelijkheid verlamd wordt door een

exoneratiebeding, kan de schuldeiser, zoals hoger gezien, nog een beroep doen op artikel 1382 B.W. om vergoeding te bekomen, wanneer althans de schade veroorzaakt werd door een opzettelijke of een zware fout van de debiteur.

De delictuele aansprakelijkheid vervangt dan de contractuele aansprakelijkheid.

5. Openbare ambtenaren

37. De aansprakelijkheid van ministeriële officieren (notarissen, pleitbezorgers en deurwaarders) jegens hun cliënten zou van delictuele aard zijn.

6. Tienjarige aansprakelijkheid

38. Het burgerlijk wetboek heeft een specifieke regeling ingesteld voor de aannemers en architecten. Krachtens artikel 1792 worden ze tien jaren na de oplevering van de werken ontlast van elke vrijwaring.

De rechtspraak aanvaardt nochtans de vorderingen in vergoeding na die termijn wanneer de aannemer of de architect een opzettelijke fout (*un dol*) hebben begaan. De rechtspraak beschouwt dat er ,,delictualisatie'' is van de aansprakelijkheid, en bijgevolg dertigjarige verjaring.

HOOFDSTUK II

CO-EXISTENTIE

Na de schets van het Franse recht terzake, zal in de volgende bladzijden over het Belgische recht gehandeld worden.

Terminologie

39. De gebruikelijke benaming van het probleem dat ons bezig houdt als dat van de *cumul* of de non-cumul is misleidend.

Een cumul wijst op een cumulatieve of successieve toepassing, of op een mogelijkheid van panachering door de eiser van de hem meest voordelige regelen van het ene en het andere regime van aansprakelijkheid. Dat moet natuurlijk afgewezen worden.

Van *co-existentie* wordt gesproken in het geval waarin eenzelfde feit aanleiding geeft tot een aquiliaanse aansprakelijkheid tegenover derden en een contractuele aansprakelijkheid tegenover de medecontractant.

Ter omschrijving van het vraagstuk blijkt de term ,,samenloop van aansprakelijkheden'' (*concours des responsabilités*) aangewezen.

Co-existentie

40. Alvorens het probleem van de samenloop aan te snijden, kan eerst de vraag beantwoord worden — om de latere behandeling zo zuiver mogelijk te houden — of een fout die ten opzichte van de medecontractant contractueel is, ten opzichte van een derde een delictuele fout kan uitmaken. Men denke aan een bezoeker die verwond wordt door de slechte werking van een gebrekkig herstelde lift. Kan hij een vordering instellen tegen de onderhoudsfirma? Nog een voorbeeld uit het bouwrecht: kan een huurder die schade geleden heeft door een constructiefout, een quasi-delictuele vordering instellen tegen de architect(20)? En nu, een gekend Engels voorbeeld uit lang vervlogen tijden.

Een postkoets werd practisch uit elkaar gerukt en de voerman op de grond geworpen en verwond. Laatstgenoemde dagvaardde voor de Koninklijke rechtbank (Exchequer) de aannemer die de koets verhuurd had aan de Postmaster General en er zich toe verbonden had ze in goede staat te onderhouden. Slachtoffer van de schending van diens verbintenis tot degelijk onderhoud, wou hij vergoeding bekomen van de geleden schade. De rechters verwierpen verontwaardigd zijn vordering(21). ,,Indien we de gevolgen van dergelijke contracten niet beperken tot de partijen zelf, verklaarde Lord Abinger, zullen er de meest absurde en extravagante gevolgen uit voortspruiten waaraan ik geen grenzen zien kan.''

Meer gematigd, meende baron Alderson nochtans, ook: ,,Indien wij de lijn met één pas overschrijden, bestaat er geen reden dat we niet op vijftig passen meegesleurd worden''. De voorspelling van de tweede rechter werd bewaarheid, al was het niet zo erg als de eerste het zag. Vanaf 1852 verkreeg Mrs. Thomas die een extract van belladonna ingenomen had, dat gekocht werd in een bokaal waarop aangeduid stond ,,paardenbloemenafkooksel'' en wie dit zeer slecht was bevallen, een vergoeding van de rechters van New York tegen de groothandelaar die het bedrieglijke opschrift aangebracht had, alhoewel het niet de man was van wie ze het bokaal kocht(22).

Het is het begin van een ontwikkeling die leiden moest tot een belangrijk korps van beslissingen die de aansprakelijkheid van constructeurs, producenten en allerlei soort verkopers erkende ten opzichte van het pu-

(20) Zie in het algemeen voor het probleem van de samenloop in het bouwrecht: SOINNE, B., *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, Parijs, 1969, 187, 251, noot 114; — zie ook noot onder Cass. Fr., 9 mei 1979, door ESPAGNON, M., *Rec. Dalloz Sirey*, 1980, J., 414, en aldaar aangehaalde rechtsleer.

(21) Winterbottom v. Wright (1842) 10 M. & w 109.

(22) Thomas v. Winchester, G.N.Y. 397, 1852.

bliek(23). Men aanvaardt er dus dat een fout die contractueel is ten opzichte van de medecontractant, een delictuele fout kan uitmaken ten opzichte van een derde.

Ook voor het Franse recht staat nu als een paal boven water dat een contractant aansprakelijk kan gesteld worden ten opzichte van een derde voor de schade die toegebracht werd door de niet-nakoming van zijn contractuele verbintenissen(24).

De gegrondheid van deze oplossing werd in ons recht(25) lang betwist.

Ons hof van cassatie sloot aan bij de Franse theorie en besliste dat, los van de contractuele aansprakelijkheid van de fabrikant als verkoper, hij ten opzichte van een derde aansprakelijk kan gesteld worden op aquiliaanse grond voor een verborgen gebrek van de zaak(26).

Die rechtspraak wordt niet altijd door de lagere rechtbanken gevolgd(27). De Page was niet enthousiast(28).

HOOFDSTUK III

EEN VERGELIJKING TUSSEN DE DELICTUELE AANSPRAKELIJKHEID EN DE CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID IN HET BELGISCHE RECHT

41. Men kan zich vooreerst afvragen of het enig practisch belang vertoont zich in België hetzij op het contractuele, hetzij op het delictuele been te steunen. Om dit eventuele belang aan te tonen, worden de verschillen tussen beide vorderingen aangestipt, die dezelfde zijn als diegenen die in Hoofdstuk I voor het Franse recht vermeld werden. Hieronder worden ze

(23) Zie voor een beknopte bibliografie: *R. Trim. Dr. Civ.* 1961, 104; *adde* HARPER and THOMAS, *The Law of Torts,* II, ch. XXVIII.

(24) MAZEAUD en TUNC, *Traité,* I, nr. 144-3; — *adde:* DURRY, *Chronique de jurisprudence, R. Trim. Dr. Civ.,* 1968, nr. 3; 1969, 773, nr. 2 en 776, nr. 3.

(25) Luik, 4 maart 1932, *R.G.A.R.,* 1933, nr. 1245, en kritische noot J. Van Rijn.

(26) Cass., 12 december 1968, *Pas.,* 1959, I, 383; *R.C.J.B.,* 1960, 204, noot van Hecke; *R.G.A.R.,* 1960, nr. 6425.

(27) Zie FAGNART, J.L., *Examen de Jurisprudence,* nr. 5; DABIN en LAGASSE, *R.C.J.B.,* 1959, 180, nr. 9; DALCQ, R.O., *Traité,* I, nr. 100 en 101, 399-405; *R.C.J.B.* 1968, 195, nr. 3; LIMPENS, *Responsabilité du contractant envers les tiers du chef de la violation d'un contrat, Rev. Dr. int. comp.,* 1954, nr. spécial, 98; Zie Brussel, 21 april 1955, *R.G.A.R.,* 1956, nr. 5766; 28 september 1966, *J.T.,* 1967, 97, noot J.J. Stryckmans.

(28) DE PAGE, *Traité,* II, nr. 927, 908.

pro memoria opgesomd, en zo nodig wordt het verschil met het Franse recht aangegeven(29).

1. De vereisten voor de *bekwaamheid*

2. De *ingebrekestelling*

3. Wat de *exoneratieclausule* betreft, is er in België in principe geen verschil tussen de aquiliaanse en de contractuele aansprakelijkheid. Dit is in de Franse rechtspraak wel het geval omdat volgens een deel van de rechtspraak de exoneratieclausules nietig zijn met betrekking tot de quasi-delictuele aansprakelijkheid, omdat artikel 1382 B.W. van openbare orde zou zijn. In België werd beslist dat de burgerlijke aansprakelijkheid een kwestie blijft van privaat belang.
In België mag de schuldenaar zich niet exonereren voor zijn opzettelijke fout, want dit zou erop neerkomen aan de schuldenaar toe te laten zich aan

(29) Vermits dit preadvies met een Engels citaat begon, kan ter illustratie een lijstje van de technische verschillen tussen de twee aansprakelijkheden in het Engelse recht gegeven worden (*Street on Torts,* Butterworths, 1972[5], 443): ,,*Advantages of proceedings in tort or contract.*
Often, and especially where the defendant's conduct is either negligent or fraudulent, the plaintiff has a choice of suing either in tort or contract. Ordinarily it will not matter which cause of action is relied on. The choice is, however, important in the following respects.
(1) Claims may be made in bankruptcy for unliquidated damages in contract but not for unliquidated damages arising from tort (Bankruptcy Act 1914, s. 30). The contractual but not the tortious liability will be terminated by the discharge of the bankrupt.
(2) Causes of action may perhaps be assignable if in contract for liquidated damages, but not if in tort.
(3) Although the plaintiff may not freely evade the contractual immunities of minors and mentally disordered persons by suing in tort, in some circumstances he can sue them for torts committed in the course of a contractual relationship.
(4) It is not finally settled that the Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 permits reduction of damages in actions based on contract.
(5) There are many circumstances in which an action in contract will give greater damages than one under the Fatal Accidents Acts. Although the Fatal Accidents Acts may perhaps bind the Crown in tort proceedings, they do not bind the Crown in contract actions (to which they also extend).
(6) The Crown is answerable in tort for the acts of a restricted class of ,,servants'' (Crown Proceeding Act 1947, s. 2): that restricted definition does not apply to actions against the Crown for breaches of contracts made by servants of the rown.
(7) In the case of contracts under seal the period of limitation is twelve years (Limitation Act 1939, s. 2 (3)). If, therefore, a claim not in respect of personal injuries is being made, the period is twelve years in respect of such a contract, but six years if the action is founded on tort. In contract time runs from the breach, in torts like negligence it runs from the suffering of the harm. The requirement that a personal representative must be sued within six months afters taking out representation applies only to tort, not to actions for breach of contract.
(8) There are certain differences in respect of damages. Exemplary damages are not recoverable in contract, and it is uncertain whether the law of *remoteness* of damage is not the same in contract as in torts [Koufos v. Czarnikow, The Heron II, (1969) 1 A.C. 350; (1967) 3 All E.R. 686, H.L. (Contractor not liable for all foreseeable damage)].
(9) There will sometimes be differences where an issue of conflict of laws is raised; for example, when a passenger on a coach holiday abroad is injured by the negligence of the driver.
(10) Trade unions are immune from tortious liability but are liable for breach of contract.
(11) Service outside the jurisdiction will sometimes be permitted in contract, but not in tort.
(12) The right of a defendant to have actions in tort by impecunious plaintiffs transferred from the High Court to the County Court does not apply in contract County Courst Act 1959, s. 46(1).''

zijn verbintenissen te onttrekken en zich als het ware onder een zuivere potestatieve voorwaarde te verbinden. Sinds het cassatiearrest van 25 september 1959 wordt niet meer betwist dat men zich voor zijn grove fout en *a fortiori* voor zijn lichte fout kan exonereren (30). Men kan zich ook exonereren voor de fout, zelfs de opzettelijke fout, van zijn ondergeschikten.

Op het gebied van het verkoopscontract is er nochtans een verschil te signaleren omdat een deel van de rechtspraak en van de rechtsleer de exoneratieclausule die gestipuleerd werd door een beroepsverkoper geen goed hart toedraagt. Gelet op artikel 1643 B.W. zou men logischerwijze uit het jurisprudentiële vermoeden van kennis van het gebrek door de beroepsverkoper moeten besluiten tot de ongeldigheid van de exoneratieclausule.

4. De *zwaarte van de fout*

Hieraan kan toegevoegd worden dat voor de productenaansprakelijkheid het begrip van aquiliaanse fout ruimer is dan het begrip verborgen gebrek, zelfs in de functionele betekenis van het woord.

5. De *omvang van de vergoeding*

6. *Solidariteit*

In het cassatiearrest van 15 februari 1974 (31) werd duidelijk bevestigd dat diegenen die door hun respectievelijke contractuele fouten eenzelfde schade berokkenen, *in solidum* gebonden zijn.

Die toepassing op de contractuele aansprakelijkheid van de regels die uitgewerkt werden in het kader van de quasi-delictuele aansprakelijkheid leiden Fagnart, in een noot onder het cassatiearrest, tot de bedenking dat het arrest de eenheid onderstreept van de burgerlijke aansprakelijkheid, en een mijlpaal is op de weg naar de harmonisatie van de contractuele en aquiliaanse aansprakelijkheid.

En inderdaad wordt heden aanvaard dat er tussen de contractuele en de aquiliaanse aansprakelijkheid geen wezenlijk verschil bestaat, maar slechts technische verschillen (32). Als men dan denkt aan al het werk en

(30) Cass., 25 september 1959, *R.W.*, 1959-1960, 1255; afgekeurd door J. DABIN, *R.C.J.B.*, 1960, 5; met instemming: ROTTIER, *J.T.*, 1960, 114.

(31) FAGNART, J.L., *L'obligation ,,in solidum'' dans la responsabilité contractuelle, R.C.J.B.*, 1975, 254-255.

(32) MARTY en RAYNAUD, *Droit civil. Obligations* II, vol. I, nr. 364; MAZEAUD en TUNC, *Traité*, I, 6de uitgave, nr. 102; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, nr. 488 v.; VAN RIJN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, Brussel, 1933, nr. 8.

verstandelijke energie die ontelbare juristen sinds 1804 gespendeerd hebben om het wezen, de gevolgen en de grenzen van de contractuele en de aquiliaanse aansprakelijkheid te bepalen, en om de samenloop — of de onmogelijkheid ervan — te bestuderen, mag men zich, zoals Fagnart, afvragen of het werkelijk gerechtvaardigd is de zuiver technische verschillen te blijven behouden tussen twee stelsels van aansprakelijkheid die wezenlijk dezelfde is. De vermenigvuldiging althans van de zuiver technische verschillen moet tegengegaan worden. Dit doet het cassatiearrest van 15 februari 1974.

7. De *verjaring* van de vordering is in beginsel dertig jaar in beide gevallen. De aansprakelijkheid van de verkoper of van de producent voor een verborgen gebrek vervalt evenwel na een korte termijn. Bij onrechtmatige daad wordt de verjaringstermijn teruggebracht op vijf jaar indien de burgerlijke vordering aan de strafvordering gebonden is. Door de burgerlijke vordering te onderwerpen aan de verjaringstermijn voorgeschreven door de wet houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, wil de wet verhinderen dat, met het oog op een persoonlijk belang, strafbare feiten nog kunnen worden vastgesteld na verloop van de termijn die zij bepaalt; onder het stelsel van de wet van 17 april 1878 dat vóór haar wijziging door de wet van 30 mei 1961 van kracht was, verliep deze termijn wanneer de vervolging vanuit maatschappelijk oogpunt niet meer toegelaten was; onder het stelsel dat sinds deze wetswijziging van kracht is, wordt de termijn voor alle inbreuken bepaald op vijf jaar te rekenen vanaf de dag waarop zij begaan werden, zonder nochtans te mogen eindigen vóóraleer de strafvordering verjaard is; op grond van de redenen van openbare orde die hen hebben ingegeven, zijn deze stelsels zelfs toepasselijk wanneer de vergoeding van de schade die voortkomt uit een feit dat door de wet als inbreuk wordt bestempeld, wordt gevorderd noch op grond van de inbreuk, noch krachtens artikel 1382 e.v. B.W., maar op grond van de regels van een contract; dit feit verliest zijn strafbaar karakter niet doordat het tegelijk een schending van het contract uitmaakt; vanaf het ogenblik dat het gedekt wordt door de verjaring van de burgerlijke vordering voorgeschreven door de wet van 17 april 1878, kan het feit niet meer tot grondslag dienen van enige burgerlijke vordering, evenmin *ex contractu* dan *ex delicto (33)*.

In tegenstelling tot het Franse recht — men denke aan het cassatiearrest van 1936 over de aansprakelijkheid van de geneesheer —, is er in ons recht

(33) Cass., 31 januari 1980, inzake Fissette v. Meyer, *onuitg.*

wat de verjaring betreft geen verschil tussen de contractuele en de delictuele aansprakelijkheid.

8. De *territoriale bevoegdheid*

9. De *bevoegde wet*

10. De *bewijsregel*

HOOFDSTUK IV

GEVALLEN WAARIN ER ZICH GEEN MOEILIJKHEID VOORDOET

42. Laat ons duidelijk stellen dat er in vele gevallen geen problemen van samenloop zijn en de situaties juridisch goed afgebakend zijn.

a. Aldus kan een koper zich niet op artikel 1382 B.W. beroepen om vergoeding te bekomen voor de schade die ontstond ten gevolge van de niet-levering van de verkochte zaak. Dit is een zuiver contractuele fout, geen fout in de zin van artikel 1382 B.W. Men is het erover eens de samenloop uit te sluiten wanneer de schade die men vergoed wenst te zien, uitsluitend veroorzaakt werd door een schending van het contract, met andere woorden wanneer het om een zuiver contractuele fout gaat.

b. Anderzijds kan slechts op grond van artikel 1382 B.W. geageerd worden, indien de fout slechts naar aanleiding van het contract zou begaan zijn, maar ontegensprekelijk niet in verband zou staan met de uitvoering van het contract: een jaloerse hotelhouder zou bijvoorbeeld een hotelgast vermoorden.

43. Practisch algemeen wordt aanvaard dat een vordering op quasi-delictuele grond mogelijk blijft, wanneer de contractuele fout terzelfdertijd een misdrijf uitmaakt, een inbreuk op de strafwet(34). In deze veronder-

(34) In zijn uiteenzetting op het internationaal juridisch colloquium in oktober 1977 van het ,,Comité Européen des Assurances'' bracht eerste voorzitter Ridder Rutsaert hieraan een nuancering: ,,On peut cependant se demander si même dans ce cas, les règles du contrat doivent se trouver entièrement écartées. Les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne sont pas d'ordre public. On peut y déroger, observe M. Hayoit de Termicourt (note 2 dans Pasicrisie belge, 1939, p. 141) s'il ne s'agit pas d'une clause par laquelle une partie, s'affranchirait des conséquences dommageables de son dol ou d'une infraction à la loi pénale qu'elle viendrait à commettre. Si donc les parties peuvent valablement stipuler dans une convention la réparation due si l'une d'elles commet une infraction, le juge répressif doit respecter cette stipulation s'il ne s'agit pas d'une clause déguisée d'exonération et si leur intention fut de déterminer ainsi l'étendue de la réparation même pour le cas où l'inexécution du contrat serait en même temps constitutive d'une violation de la loi pénale.'' (blz. 6). Voor het Franse recht brengt Ph. LE TOURNEAU (*La responsabilité civil,* Dalloz, 1976², nr. 351) de volgende kritiek: ,,D'autre part,

stelling moet de burgerlijke vordering *ex delicto* kunnen gebracht worden voor de strafrechtbank omdat, zo zegt men, het strijdig zou zijn met de openbare orde dat het bestaan van een contractuele vordering de bevoegdheid van de strafrechter schaakmat zou zetten om de civiele vordering die uit het misdrijf is ontstaan te berechten(34bis). Tot hiertoe heeft het hof van cassatie zich over deze rechtsvraag niet uitgesproken.

Dit zou bijvoorbeeld bij productenaansprakelijkheid het geval zijn, wanneer de producent van het gebrekkige of gevaarlijke product schuldig zou zijn aan onvrijwillige doodslag of verwondingen (artikel 418 e.v. Sw.).

HOOFDSTUK V

DE THEORIE VAN DE PRINCIPIELE SAMENLOOP

AFDELING 1

44. Het lijkt nagenoeg onmogelijk in de rechtspraak van de Belgische lagere rechtbanken een vaste lijn, een aangehouden grondgedachte te ontwaren. De vraag naar de richtlijnen van het hof van cassatie dringt zich terzake op. Nu is het helaas zo dat ons hoogste gerechtshof in deze netelige aangelegenheid tot weinig meer dan orakeluitspraken is gekomen.

In België leek de theorie van de samenloop van vorderingen uit wanprestaties en uit onrechtmatige daad in beginsel aanvaard(35).

Een duidelijke en principiële stellingname vindt men in het bekende arrest van 13 februari 1930 waarin in algemene termen wordt gesteld dat artikel

---

lorsque l'inexécution du contrat provient d'un délit pénal et que l'action en responsabilité est portée devant les tribunaux répressifs, par constitution de partie civile, pourquoi la nature de la responsabilité changerait-elle? Puisqu'il s'agit de la violation d'un contrat, la faute reste contractuelle, la responsabilité demeure contractuelle. La qualification pénale entraîne des conséquences en ce qui concerne l'incrimination et la responsabilité, mais pas en ce qui concerne la responsabilité civile qui est bien distincte.

Certes, certaines règles de procédure pénale s'appliqueront ainsi que la courte prescription de l'action publique, mais il est inadmissible que la responsabilité d'un contractant devient délictuelle par le fait qu'il existe une infraction pénale. Il ne faut pas oublier deux textes de nos codes: l'article 69 du Code pénal, en vertu duquel ,,Dans les cas de responsabilité civile qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les Cours et tribunaux devant qui ces affaires seront portées se conformeront aus dispositions du Code civil''; l'article 10 du Code de procédure pénale prévoit que l'action civile est soumise à tous autres égards aux règles du Code civil'' (sauf en ce qui concerne la prescription).

Voilà deux textes clairs qui sont violés par la jurisprudence.''

(34bis) Noot W.J. onder Cass., 16 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, 967. Zie nog RASIR, *a.w.*, 164; DALCQ en GLANSDORFF, *a.w.*, 32; BOURGOIGNIE, *a.w.*, 510).

(35) Cass., 28 maart 1889, *Pas.*, 1889, I, 161; Cass., 16 oktober 1902, *Pas.*, 1902, I, 350; Cass., 13 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 115; Cass., 18 mei 1961, *R.W.*, 1961-1962, 1561.

1382 B.W. een regel heeft uitgevaardigd ,,dont l'observation s'impose, en principe, à tous et en toute circonstance'', dat ,,la règle ne cesse pas de trouver application dès qu'un contrat a été l'occasion du dommage'', dat inderdaad ,,le fait de s'engager dans un contrat à veiller tout spécialement aux biens ou à la personne d'un contractant n'enlève pas, par lui-même, toute action quasi-délictuelle à ce dernier, pour lui réserver seulement, en cas de dommages, l'action née du contrat''(36).

Het probleem van de samenloop stelde zich hier zuiver. Bij het vervoer door de N.M.B.S. werd een aan eiser toebehorend dier gekwetst, zodat het moest geslacht worden. De contractuele aansprakelijkheid van de N.M.B.S. stond buiten kijf. Eigenaardig genoeg beriep de eiser zich op artikel 1382 B.W., wellicht omdat hij hoopte aldus een grotere schadevergoeding te bekomen. Door het hof van beroep werd de vordering op grond van dit artikel toegewezen. Het hof weigerde te casseren op grond van de hierboven weergegeven overwegingen. *Wel laat het hof uitschijnen dat er op het beginsel van de samenloop uitzonderingen zijn,* zonder zich vooralsnog in dit arrest over die uitzonderingen uit te spreken.

Op de vormgeving van deze uitzondering zouden de geschriften van Van Rijn een bepalende invloed uitoefenen, zoals we zullen zien bij de bespreking hieronder van het *Ebes*-arrest van 4 juni 1971. Deze mening wordt echter niet door iedereen gedeeld. Hierover later meer.

45. Nog in 1969 stelde het hof dat de uitsluiting van de extracontractuele aansprakelijkheid niet mag afgeleid worden ,,uit de enkele omstandigheid dat tussen hem die de schade heeft veroorzaakt en het slachtoffer ervan een overeenkomst bestaat''.

Het past wellicht de draagwijdte te herinneren van het cassatiearrest van 7 november 1969(37).

Een veearts werd verwond door een dier op het ogenblik dat hij het dier verzorgde. Hij vroeg schadevergoeding. Het hof van beroep te Luik besliste dat deze vordering niet op artikel 1385 B.W. kon gegrond zijn, om reden van de bestaande contractuele band tussen de pachter en de veearts.

Het ging om een verplichte inenting, zodat de veearts de toestemming van de eigenaar van het dier niet nodig had. Daarom bestreed een eerste cassatiemiddel de uitspraak in de mate waarin de juridische band tussen partijen als contractueel werd beschouwd. Spijts het reglementair karakter van de tussenkomst van de veearts, beslist het hof, zich steunend op de

(36) *Pas.*, 1930, I, 115.

(37) *J.T.*, 1970, 279; DALCQ, *R.C.J.B.*, 1973, 627, nr. 1; VAN RIJN, *J.T.*, 1975, 505.

vaststellingen van de rechter ten gronde, dat deze wettelijk heeft kunnen afleiden dat de band die tussen eiser en verweerder ontstond, *contractueel* was wat betreft de uitvoering van hun respectievelijke verbintenissen en dat dus het middel naar recht faalde.

Maar het antwoord dat het hof geeft op het tweede cassatiemiddel preciseert onmiddellijk de grenzen van die oplossing. Inderdaad de rechter ten gronde had beslist dat tussen personen die door een contract gebonden zijn, alleen de beginselen die de contractuele aansprakelijkheid regelen moeten in beschouwing genomen worden; het tweede cassatiemiddel hield in dat het bestaan van die contractuele band de quasi-delictuele aansprakelijkheid niet moet uitsluiten, van zodra het feit waarop de vordering in schadevergoeding gegrond was *vreemd* was aan de respectievelijke contractuele verbintenissen van de partijen en zich slechts voorgedaan had *bij gelegenheid* van de uitvoering van het contract. Het hof neemt dat middel aan en stelt dat uit de omstandigheid alleen dat een overeenkomst bestaat tussen degene die de schade heeft veroorzaakt en degene die er het slachtoffer van is, niet mag afgeleid worden dat een extra-contractuele aansprakelijkheid uitgesloten is.

Het lijkt er dus op dat het arrest een oplossing aanneemt die overeenstemt met de theorie die de samenloop van de aansprakelijkheden aanvaardt.

Maar alles wel beschouwd zou men, zoals mijn mede-preadviseur opmerkt, het arrest even goed kunnen interpreteren in de zin van de Franse arresten volgens welke de geschonden verbintenis vreemd is aan de overeenkomst(38).

46. Op 4 juni 1971 heeft het hof van cassatie een arrest geveld dat wellicht één van de meest expliciete is in de hele rechtspraak met betrekking tot de samenloop van de aansprakelijkheden.

De feiten van het geding waren trouwens zeer eenvoudig. Een onderneming van verdeling van electrische energie had er zich toe verbonden stroom te leveren aan een medecontractant, en de overeenkomst bevatte een strafclausule die de schade beperkt ingeval van ongewettigde onderbreking van de levering. Als gevolg van de vergissing van de distributiemaatschappij in de inlichtingen die ze had gegeven aan een aannemer van wegeniswerken, sneed deze toevalligerwijze de kabel door die de medecontractant van de distributiemaatschappij voedde. De strafclausule voorzag slechts een vergoeding ten bedrage van 1.200 fr. terwijl de ondergane schade 64.290 fr. bedroeg.

(38) Zie hoger nr. 35.

(38bis) Cass., 4 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 940; *R.W.*, 1971-1972, 371.

Het hof van beroep te Luik gaf aan het slachtoffer de hele gevraagde schadevergoeding, en onderstreepte om de toepassing van de regels van de aquiliaanse aansprakelijkheid te rechtvaardigen *het bijzonder ernstig karakter van de fout* die door de distributiemaatschappij begaan was. Het arrest heeft, bij bevestiging van het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt, beslist dat Hörmann recht had op vergoeding van de volledige schade die zij geleden had ingevolge een stroomonderbreking. De beperkingsclausule, die in de tussen partijen bestaande overeenkomst over stroomlevering voorkwam, werd niet toepasselijk genoemd omdat zij door haar tekst enkel toepasselijk was op een contractuele wanprestatie *en niet op de quasi-delictuele verantwoordelijkheid.*

In het eerste cassatiemiddel betwistte de advocaat van Ebes, meester Van Rijn, de redenering die het arrest houdt om tot het bestaan van een quasi-delictuele aansprakelijkheid in haar hoofde te besluiten. In een eerste onderdeel wordt voorgehouden dat *de grove aard van de fout* geenszins volstaat om tot de quasi-delictuele aansprakelijkheid te besluiten; en in een tweede onderdeel wordt gesteld dat waar *de schade* van zuiver contractuele aard is, Hörmann haar herstel niet vorderen kan op grond van artikel 1382 en 1383 B.W. en dat het bewijs van de quasi-delictuele fout terzake geen enkel belang vertoont. Dit was de stelling die Van Rijn reeds ontwikkeld had in een noot in de *Revue Critique de Jurisprudence Belge* van 1957.

Het tweede middel van de voorziening verwijt aan het bestreden arrest dat het de nalatigheid van Ebes bestempeld heeft als een fout tegenover Hörmann terwijl die fout uitsluitend tegenover de aannemer der wegeniswerken werd begaan. De stelling van eisers komt hierop neer dat zij in ons recht van onrechtmatige daad wil introduceren de Engelse opvatting van de *relative duty of care* die hierin bestaat dat een tekortkoming aan de algemene voorzichtigheidsplicht tegenover bepaalde personen een onrechtmatige daad kan zijn en tegenover andere niet. Ronse en Limpens hebben deze opvatting besproken: beide auteurs verwerpen deze opvatting wat het Belgisch recht betreft. Het hof van cassatie gaat hier niet op in.

Het derde middel verwijt aan het bestreden arrest dat het de beperkingsclausule van de overeenkomst niet toepasselijk heeft verklaard op de quasi-delictuele aansprakelijkheid. Dit zou een miskenning zijn van de bewijskracht van de beperkingsclausule, met andere woorden een grove verkeerde interpretatie ervan.

Het hof van cassatie herneemt slechts de twee eerste middelen en beslist dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat het recht waarvan de krenking de grondslag van de ingestelde vordering uitmaakt, namelijk het recht op levering van electrische stoom, alleen aan het door partijen

gesloten contract zijn ontstaan en zijn bestaansvoorwaarden te danken heeft, en de opgelopen *schade* enkel aan de tekortkoming van Ebes aan de uit gezegd contract voortspruitende verbintenissen te wijten is.

De gevolgen van bedoelde krenking worden dienvolgens tussen de contractanten uitsluitend door de principes die de contractuele verantwoordelijkheid regelen beheerst.

Het grof karakter van de gepleegde nalatigheid brengt geen wijziging mee van de aard van de toepasselijke verantwoordelijkheid (39). Bijgevolg kan op de regels van de quasi-delictuele verantwoordelijkheid geen beroep gedaan worden om aan het contractueel beding van forfaitaire vergoeding te ontkomen. Het hof vernietigt het bestreden arrest.

47. Sinds het *Ebes*-arrest weten we, dunkt me, dat de twee voorwaarden opdat de samenloop mogelijk zou zijn de volgende zijn:

a. een niet louter contractuele fout, dat is een foutief gedrag dat *niet alleen* volgens de overeenkomst der partijen niet door de beugel kan, doch dat *tevens ook,* afgezien van de overeenkomst, als onrechtmatig beschouwd moet worden.
   Om 't even wie door dat onrechtmatig gedrag schade zou geleden hebben, zou zich erop kunnen beroepen (40);
b. de geleden schade mag niet louter contractueel zijn, dat is mag niet alleen bestaan in een ontgoocheling en verlies wegens de niet vervulde belofte, in een verlies dat er niet zou zijn indien er geen contract ware geweest.
   Niet om 't even wie zou die (door het foutief gedrag van de verweerder opgelopen) schade kunnen geleden hebben; dat kan alleen een medecontractant zijn, die in een correcte uitvoering van het beloofde mocht geloven (41).

---

(39) Dezelfde stelling wordt geponeerd in Cass., 15 september 1977, *R.W.*, 1978-1979, 325.

(40) De moeilijkheid van de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad ligt er voornamelijk in vast te stellen of ,,afgezien van schending van contractuele verplichtingen'' sprake is van een gedraging die op zichzelf onrechtmatig is te achten'' (BRUNNER, C.J.H., *Beginselen van samenloop,* 1979, 49).
Zie mijn mede-preadviseur over het BOOGAARD/VESTA-criterium, blz. 12.

(41) In verband met het begrip ,,zuiver contractuele schade'' kan wellicht een vergelijking met het Duitse recht van de onrechtmatige daad gemaakt worden. Het voorbeeld dat ZWEIGERT en KÖTZ geven in hun rechtsvergelijkend werk is — in het licht van het *Ebes*-arrest — wel sprekend:
,,If an excavator at work on a piece of land culpably damages a power cable with the result of cutting off the power to a factory some way away, his liability to the factory under § 823 par. 1 BGB depends essentially on *the nature of the harm* caused by the interruption of the power supply. If all that happens is that the machines are brought to a halt and that the output is diminished the owner of the factory *cannot claim damages* since the carelessness of the excavator has only caused him *an economic loss* (see BGHZ 29, 65), but if the power interruption causes the incubators in a poultry farm to cool off, *the spoiling of the eggs is an injury to property* and the excavator must pay *not only the value of the eggs*

De twee aangestipte voorwaarden moeten tegelijkertijd aanwezig zijn. Zoniet is de aquiliaanse vordering niet ontvankelijk(42).

AFDELING 2

EEN FOUT VAN EEN UITVOERINGSAGENT

§ 1. Het Nalatige Stuwadoor-arrest

48. Het arrest van 7 december 1973 inzake Müller Thomson tegen de Royal Insurance Company, het zogenaamde *Nalatige Stuwadoors*-arrest, moet nu besproken worden. Want het doet het probleem van de samenloop opnieuw gisten.

---

but also *all other economic loss* which the poultry farm suffers in consequence of their being spoilt (see BGHZ 41, 123)." (cursivering van de auteur).
Een onrechtmatige daad moet schade veroorzaakt hebben aan één van de wettelijke belangen die opgesomd worden in § 823 par. 1 BGB. Zuiver ,,economisch'' verlies zonder band met een persoonlijk letsel of schade aan zijn eigendom of schending van ,,enig recht'', levert geen schadevergoeding op. In ons recht hebben we natuurlijk een ,,clausula generalis'' en wordt dit onderscheid niet gemaakt. Verlies is verlies. *Damnum emergens,* en *lucrum cessans*. Het voorbeeld is echter wel verhelderend, al was het bij contrast, om begripverwarring te voorkomen (ZWEIGERT en KÖTZ, *An introduction to comparative law,* II, 1977, 265). Onze vraag luidt: wat mocht het slachtoffer van de wanprestatie rechtmatig verwachten van de belofte van zijn medecontractant? Waarin werd hij ontgoocheld? Lag dit in het gezichtsveld van de contractanten? Dat is de zuiver contractuele schade.

(42) Zie ter illustratie een passus uit het geciteerde werk van Savatier: ,,Conditions de coexistence de deux fautes dommageables, de nature différente.
La violation d'engagements contractuels engendre exclusivement une responsabilité contractuelle. Pour un cumul de responsabilité, il faut qu'une faute dommageable distincte ait manqué à un devoir indépendant du contrat, tel qu'une obligation légale extérieure, ou un devoir moral distinct, comme celui de ne pas mentir; d'autre part, que le dommage causé par cet acte ait porté atteinte à un bien patrimonial ou moral de la victime, autre que le simple bénéfice du contrat.
La première idée exclut le cumul de la responsabilité si le défendeur n'a violé nul autre devoir que ses engagements contractuels, et cela, même s'il les a méconnus volontairement, dolosivement. Ainsi, le bailleur à qui on ne reproche que de n'avoir pas assuré, pour le locataire, la jouissance utile des lieux loués, n'est coupable que d'une faute contractuelle, si malveillant qu'il ait été. Au contraire, sa faute serait délictuelle s'il avait violé, même involontairement un règlement d'hygiène. De même, le vendeur auquel on reproche simplement d'avoir manqué aux obligations issues légalement du contrat de vente, n'encourt qu'une responsabilité contractuelle; mais une responsabilité délictuelle peut s'y joindre s'il a menti dans l'exécution du contrat. De même encore, un asile n'est responsable que contractuellement d'un manque de vigilance dans la garde des aliénés à lui confiés; mais sa responsabilité devient délictuelle s'ils sont frappés inutillement. La seconde idée exclut un cumul de responsabilités si le dommage subi par la victime se limite à la perte des avantages espérés du contrat. Quand un locataire se plaint simplement de ne pas jouir de la chose louée, sa plainte, quelque soit la faute commise, n'a d'autre fondement que le contrat, et n'engendre qu'une responsabilité contractuelle; mais si, par une faute distincte du bailleur, il a subi un accident, ou si les meubles ont été détériorés, ces préjudices peuvent justifier une action délictuelle. De même, si l'acheteur se plaint uniquement du défaut de livraison de la chose achetée, qu'il eût revendue avec bénéfice, ce dommage est purement contractuel. Mais si, faute de livraison, il n'a pu lui-même remplir ses engagements, et a dû indemniser un tiers, ce préjudice, extérieur au contrat, légitime une action délictuelle.
Ainsi, sur le terrain de la faute dommageable, deux conditions essentielles commandent tout cumul d'une responsabilité délictuelle avec une responsabilité contractuelle: la violation d'un devoir extracontractuel, la réalisation d'un dommage extracontractuel. En outre, une condition supplémentaire s'impose. (...)''

De feiten lagen als volgt: een hydraulische draaimachine werd beschadigd, toen de houten verpakkingskist op de kaai neerstortte.

Een Zwitserse firma had zes hydraulische draaimachines te Antwerpen verzonden opdat ze daar zouden opgeladen worden aan boord van een schip met bestemming Calcutta. De kapitein van het schip had de lading toevertrouwd aan een stuwadoorsbedrijf. Op het ogenblik dat één van de kisten reeds enkele meters omhoog geheven was door de kraan van het schip, zodanig, aldus zegt het hof van beroep te Brussel, dat deze kist reeds toevertrouwd was aan de kapitein en dat het vervoercontract dus een begin van uitvoering had gekregen, braken de hijstouwen. De kist viel neer en de inhoud werd beschadigd.

De verkoper werd vergoed door zijn verzekeraar, welke zich, gesubrogeerd, op zijn beurt keerde tegen de stuwadoor, wel te verstaan om te ontsnappen aan de aansprakelijkheidsbeperking die hij zich zou tegengesteld zien worden indien hij tegen de zeevervoerder had geageerd. De grondslag zelf van de vordering werd gecontesteerd door de stuwadoor onder de vorm van een *exceptie van niet-ontvankelijkheid*. De stuwadoor hield inderdaad voor dat de lading van de koopwaar een verbintenis was die voortvloeide uit het vervoercontract, krachtens dewelke hij tussenkwam als eenvoudige uitvoeringsagent, zodat het slachtoffer slechts verhaal had tegen de vervoerder. In een tussenarrest van 27 februari 1970 verwierp het hof van beroep deze exceptie van niet-ontvankelijkheid omdat het begin van uitvoering van het vervoercontract niet verhinderde dat de inlader, abstractie gemaakt van elke actie tegen de zeevervoerder, zijn eventuele rechten mocht laten gelden tegen een derde die niet deelgenomen had aan het sluiten van het vervoercontract in eigenlijke zin.

De stuwadoor was aangesteld door de rederij met wie de afzender van de draaimachines het vervoercontract gesloten had. De stuwadoor moet dus als een onderaannemer beschouwd worden. Het lijdt geen twijfel dat de rederij zich kan laten bijstaan bij de uitvoering van de vervoerovereenkomst.

Het hof van cassatie vernietigde het arrest waarin de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de stuwadoor werd verworpen (42bis). Het cassatiemiddel luidde dat wanneer de niet-uitvoering van een contract voortspruit uit een fout van de aangestelde of de uitvoeringsagent van één der contractanten, de andere partij slechts over een vordering tegen zijn medecontractant beschikt, en om precies te zijn een contractuele vordering, zonder dat die

(42bis) Cass., 7 december 1973, *Pas.*, 1974, 376; *R.W.*, 1973-1974, 1597 met noot J. HERBOTS; *Arr. Cass.*, 1974, 395 met conclusie van advocaat-generaal MAHAUX.

aangestelde of agent ten aanzien van het contract kan worden beschouwd *als een derde die op quasi-delictuele basis kan worden aangesproken.*

Op het plan van de uitvoering van het contract zou de benadeelde alleen zijn medecontractant, wiens aangestelde slechts een agent of een instrument is geweest, kennen.

De quasi-delictuele aansprakelijkheid zou slechts in aanmerking komen als de fout van de agent geen verband houdt met de uitvoering van de uit het contract voortvloeiende verbintenissen, en als de schade niet zuiver contractueel is, hetgeen noch opgeworpen noch vastgesteld werd.

Het hof verbreekt omdat het bestreden arrest beschouwt dat de stuwadoor als uitvoeringsagent van de rederij optrad om een contractuele verbintenis van deze laatste jegens de inlader uit te voeren; en dat het niet vaststelt dat de aan voormelde stuwadoor verweten fout en de door die fout veroorzaakte schade vreemd zijn aan de uitvoering van het vervoercontract.

De aangestelde of de uitvoeringsagent, die de vervoerder in zijn plaats stelt om het vervoercontract geheel of gedeeltelijk uit te voeren, is ten aanzien van de uitvoering van het contract en ten opzichte van de medecontractant van de vervoerder geen derde.

De aangestelde of de uitvoeringsagent die optreedt om een contractuele verbintenis van een partij uit te voeren, kan extra-contractueel enkel aansprakelijk gesteld worden, indien de hem verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis doch van een iedereen opgelegde verplichting, en indien die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt.

49. Het slachtoffer dagvaardde de stuwadoor. Er stonden nog andere mogelijkheden open.

a. Uiteraard kan hij ageren op grond van het contract tegen de medecontractant, met name de rederij.

b. Kan hij op contractuele grondslag ageren tegen de stuwadoor? Neen, er bestaat geen overeenkomst tussen de verzender en de stuwadoor(43). Terloops weze nochtans vermeld dat in Frankrijk het hof van cassatie bepaald had na lang aarzelen, dat het zeevervoercontract onder cognossement voor de bestemmeling — een derde dus ten opzichte van de stuwadoor — het recht impliceerde om zich erop te beroepen met het oog op de levering van de waren(44). Een inbreuk op de relativiteit der contracten

(43) Zie hierover DALCQ en GLANSDORFF, *Responsabilité aquilienne et contrats, R.C.J.B.*, 1976, 12, nr. 7.

(44) Cass. Comm., Fr., 3 juni 1964, *D.M.F.*, 1964, 588, noot R. Rodière.

dus. De wet van 18 juni 1966 zou het beginsel weer veilig stellen, zoals verder gezegd wordt.

Terloops kan ook nog vermeld worden dat A. Limpens-Meinertzhagen *de lege ferenda* voorstelt om toch maar een rechtstreekse contractuele vordering te geven aan de opdrachtgever tegen de onderaannemer, naar analogie met de rechtspraak volgens welke een koper zich rechtstreeks, boven het hoofd heen van zijn verkoper, kan richten tot een voorgaande verkoper in de ketting van de voorgaande verkopers (45).

c. Had hij ook op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid kunnen ageren tegen de rederij? Op grond van de samenloopsleer die door het hof van cassatie nog bevestigd werd en verfijnd in het *Ebes*-arrest, kan men zeggen dat de tegen de rederij gerichte vordering uit onrechtmatige daad zou gestrand zijn.

d. In deze zaak werd niet alleen een contract gesloten tussen de afzender en de rederij, maar bestond er ook een contract tussen de rederij en de stuwadoor, een contract van onderaanneming. Kon de afzender, die bij dat laatste contract een derde was zich niet tegen de nalatige stuwadoor keren op basis van artikel 1382 B.W., precies zoals de persoon die gekwetst wordt in een *door een gebrekkig onderhoud veroorzaakt liftongeval* tegen de door de huiseigenaar contractueel aangestelde onderhoudsfirma kan ageren op basis van artikel 1382 B.W.?

De algemene verplichting tot zorgvuldigheid waarvan de miskenning een onrechtmatige daad oplevert, kan in beginsel inderdaad ontstaan of minstens uitgebreid worden tengevolge van een overeenkomst tussen derden waarin de benadeelde geen partij is geweest.

Maar de aangestelde kan ten aanzien van het contract en ten opzichte van de medecontractant niet worden beschouwd als een derde. En het omgekeerde is ook waar, zou men kunnen zeggen. Op het vlak van de uitvoering van het contract mag de benadeelde alleen zijn eigen medecontractant, de aansteller, aanspreken. Alleen laatstgenoemde is de schuldenaar en de aansprakelijke. Hij staat in voor de niet-nakoming van zijn eigen verbintenis, terwijl de aangestelde slechts een instrument is dat die verbintenis uitvoert.

Indien evenwel de schuld van de uitvoeringsagent niet alleen een schending van de contractuele verbintenis uitmaakt, maar ook een inbreuk op de algemene plicht van voorzichtigheid, kan de medecontractant van de aansteller zich — zoals elke derde in dezelfde omstandigheden het zou kunnen doen — op artikel 1382 e.v. B.W. beroepen. En hier situeert zich

(45) LIMPENS-MEINERTZHAGEN, A., *Relativité des contrats et concours de responsabilité, T.Aann.*, 1975, 181.

mijns inziens de nieuwigheid van het besproken arrest. De lijn doortrekkend van de *Ebes*-arrest, stelt het hof van cassatie een voorwaarde: de door de medecontractant van de aansteller geleden schade mag niet louter contractueel zijn, dat wil zeggen niet alleen bestaan in het verlies van een voordeel dat uitsluitend door het contract kon verschaft worden.

50. Het cassatiearrest van 15 september 1977 bevestigt de leer van het *Nalatige Stuwadoors*-arrest inzake de immuniteit van de aangestelde ten opzichte van de contractpartner van de aansteller.

De feiten lagen als volgt: door een schuldenaar van de firma C worden balen wol in pand gegeven. Tussen laatstgenoemde firma en de P.V.B.A. La T.T. wordt een overeenkomst gesloten krachtens welke deze de inpandgegeven goederen in haar lokalen zal bewaren als derde-houdster. Maar ze maakt zich schuldig aan een flagrant gebrek aan toezicht: inderdaad wordt een partij wol teruggenomen door de schuldenaar, zonder instemming van de pandhoudster en zonder gelijktijdige vervanging van het pand; de terugname werd niet eens in de inventaris vermeld.

Een arrest van het hof van beroep te Luik veroordeelt de firma C en de directeur B van de vennootschap hoofdelijk tot een vergoeding van meer dan twee miljoen frank. De directeur B tekent cassatieberoep aan. En het tweede onderdeel van zijn cassatiemiddel komt hierop neer: de niet-nakoming van het contract door een fout van een aangestelde maakt slechts een contractuele rechtsvordering mogelijk tegen de aansteller, de vennootschap; niet tegen de aangestelde, die een derde is. De quasi-delictuele vordering tegen de aangestelde, is slechts mogelijk wanneer de hem verweten fout niet de contractuele verbintenis schendt, doch een verbintenis waartoe eenieder is gehouden, ,,en wanneer die fout een andere schade heeft veroorzaakt, dan de schade welke enkel te wijten is aan de gebrekkige uitvoering van het contract'', vermits de aangestelde geen derde is met betrekking tot de uitvoering van het contract. Het hof van cassatie neemt dit onderdeel aan en casseert(46). Het arrest spreekt niet over de schade. We zouden dit inderdaad in de terminologie van Van Rijn een zuiver contractuele schade kunnen noemen, die dus de samenloop onmogelijk maakt. Het arrest spreekt over de fout die zuiver contractueel is: het bestreden arrest wijst niet op het bestaan van een quasi-delictuele fout ten laste van directeur B; zijn fout lijkt geen quasi-delictueel karakter te hebben. Nu, die omissie om te spreken over de schade hoeft ons niet te verwonderen: het volstaat dat één van de gestelde voorwaarden ontbreekt — wat hier dus het geval is —, opdat samenloop onmogelijk zou zijn.

(46) Ook het derde onderdeel werd aangenomen. Zie noot 39.

§ 2. Kritiek op de cassatieleer met betrekking tot de immuniteit van de uitvoeringsagent

51. De door het hof van cassatie in 1973 en 1977 in onbetwistbare bewoordingen aan de uitvoeringsagent verleende immuniteit (*in geval niet op aquiliaanse grondslag tegen zijn aansteller kan geageerd worden*) heeft kritiek opgeleverd (46bis). Men denke aan een faillietverklaring van de hoofdaannemer, bijvoorbeeld de vervoerder. De opdrachtgever staat dan voor schut; aan de onderaannemer die nochtans een fout begaan heeft, mag door de opdrachtgever niet geraakt worden. Zoals hoger gezegd werd, wordt er voorgesteld hier een jurisprudentiële mouw aan te passen die overigens de opgebouwde logische constructie over de samenloop intact zou laten, met name aan de opdrachtgever een rechtstreekse contractuele vordering te geven tegen de onderaannemer (47). Op grond van welke constructie is vooralsnog onduidelijk.

52. Het is wellicht interessant hier een vergelijking te maken met het Franse recht.

Een analoge immuniteit werd de stuwadoor verleend door de Franse wet nr. 420 van 18 juni 1966, die bepaalt dat alleen de persoon voor rekening waarvan de stuwadoor handelt — voor de stuwingsoperaties is dit de zeevervoerder — tegen de stuwadoor een vordering mag instellen (artikel 52). Een immuniteit van de stuwadoor dus tenopzichte van éénieder, behalve zijn contractspartij (48).

Elk systeem van burgerlijke aansprakelijkheid vindt voor de betrokken onderneming zijn weerslag in de productiekosten. Of nu de ondernemer een verzekering sluit, dan wel aan zelfverzekering doet, elk jaar moet hij in de kostprijsberekening een som uittrekken — premie of provisie — die evenredig is met het risico dat hij loopt aansprakelijk te zijn en met de waarschijnlijke draagwijdte van die aansprakelijkheid. Indien de wet het risico van de aansprakelijkheid vermindert en het bedrag van de vergoeding begrenst, laat dit meteen aan de ondernemer toe zijn productiekosten te verminderen.

(46bis) DALCQ, R.O., en GLANSDORFF, F., *Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution, R.C.J.B.*, 1978, 423-439.
FAGNARD, J.L., *La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution, R.G.A.R.*, 1974, nr. 9317.

(47) Zie voetnoot 45.

(48) CHAO, A., *L'action du destinataire contre l'entrepreneur de manutention,* proefschrift, Parijs, 1968; RODIERE, R., *Traité général de droit maritime,* III, nr. 846; CALAIS-AULNOY, J., *Armateurs et acconiers, bénéficiaires de la loi du 18 juin 1966, D.*, 1966, chron. 117; Comm., 4 december 1968, *D.*, 1969, 291, noot Rodière; *J.C.P.*, 1969, 15980, noot Chaveau; *R. Trim. Dr. Comm.* 1969, 604, noot Du Pontavice.

Die beschouwing heeft zeker ook meegespeeld bij de totstandkoming van de vernoemde Franse wet van 18 juni 1966. De reders en stuwadoors leden onder een economische crisis, waarvan een echo waargenomen werd in de stakingen van zeelui en dokkers. De verbetering van de aansprakelijkheidsvoorwaarden zou het verschil tussen de Franse en de vreemde kostprijs verminderen en bijdragen tot een gunstiger positie ten opzichte van de vreemde concurrentie. Daarbij kwam dat men, zoals bij ons, de stuwadoors steeds op de rug viel, als men de rederij niet aanspreken kon.

Het Franse systeem, dat de stuwadoors welgevallig is, komt op het volgende neer. De stuwingsoperaties kunnen schade veroorzaken aan de lading. Slechts contractueel is de stuwadoor hiervoor aansprakelijk. (Zijn aansprakelijkheid wordt beperkt, zoals die van de vervoerder. Op hem rust nu trouwens een middelenverbintenis. Zijn fout moet bewezen worden; dit geldt niet voor zijn eventuele verbintenis als bewaarnemer).

Voortaan zal alleen tegen de stuwadoor kunnen ageren de persoon die ,,op zijn diensten een beroep gedaan heeft'' (artikel 52). De voorgaande cassatierechtspraak(49) wordt aldus veroordeeld. De nieuwe wet komt terug tot een volledige eerbiediging van het beginsel van de relativiteit van de overeenkomsten. In de transporten onder cognossement zal de vordering practisch steeds toebehoren aan de vervoerder. Artikel 52 lijkt ook de quasi-delictuele vordering tegen de stuwadoor te verbieden. Alleen de wetgever kon een dergelijke derogatie brengen aan de algemene beginselen van de burgerlijke aansprakelijkheid, schrijft Calais-Auloy in de vermelde noot. Bij ons wordt in vele gevallen hetzelfde resultaat bereikt door het *Nalatige Stuwadoors*-arrest.

HOOFDSTUK VI

EEN ANDERE INTERPRETATIE: DE SAMENLOOPSLEER OVERBOORD!

Aan het *Ebes*- en *Nalatige Stuwadoors*-arrest wordt een andere interpretatie gegeven door onder andere Rasir, Dalcq en Glansdorff(50), en de bekende annotator W.G.

---

(49) In 1964 had het Franse hof van cassatie beslist dat het zeevervoercontract onder cognossement voor de ontvanger — een derde dus ten opzichte van de stuwadoor — het recht impliceerde om zich te beroepen op de overeenkomst tussen zeevervoerder en stuwadoor met het oog op de levering van de waren (Cass. Comm., Fr., 3 juni 1964, *D.M.F.*, 1964, 588, noot R. Rodière).

(50) DALCQ, R.O. en GLANSDORFF, *R.C.J.B.*, 1976, 12. Opmerkenswaardig is dat de kamervoorzitter in de *Ebes*-zaak (Eerste voorzitter van het hof van cassatie Ridder Rutsaert) als verslaggever op een internationaal colloquium van het ,,Comité Européen des Assurances'' te Venetië in 1977 schreef: ,,On connaît les deux thèses en présence: l'une, celle de la jurisprudence française et de la jurisprudence belge, s'oriente dans le même sens (cfr. Cass., 4 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 940; Cass., 7

Wat betreft het begrip fout

53. We menen dat het hof van cassatie stelt dat om de aquiliaanse aansprakelijkheid toe te laten de fout naast de schending van een contractuele verplichting *daarboven ook nog* de schending van een verbintenis impliceert die op eenieder weegt. Andere auteurs menen integendeel dat het hof vereist dat de fout niet de schending van een contractuele verbintenis zou uitmaken, maar van een verbintenis die op iedereen weegt, met andere woorden dat de fout *vreemd moet zijn aan de uitvoering van het contract.*

Kruithof en Frédéricq menen dat deze interpretatie de juiste is, tenzij het hof zich bij de redactie van de tekst van het arrest vergist heeft.

Die auteurs proberen aan de twee cassatiearresten die de vernieuwde samenloopsleer inhouden een andere draai te geven. Ze steunen zich op de formulering van het *laatste* arrest, waarin met name gecasseerd wordt omdat de rechter ten gronde niet vaststelt dat de aan de stuwadoor verweten fout en de door die fout veroorzaakte schade ,,vreemd zijn aan de uitvoering van het vervoercontract''. ,,Vreemd zijn aan'' zou willen zeggen: helemaal niets te maken hebben met het feit van de uitvoering van de overeenkomst. Zo dit een juiste uitleg voor het *Nalatige Stuwadoors*-arrest zou zijn, zou dit betekenen dat het hof, zoals de kamervoorzitter Rutsaert het ooit *privatim* voorgesteld had, de samenloopsleer zou overboord werpen. Men zou belanden bij de zuivere Franse beginselhouding: tussen contracterende partijen is er bij schending van een contractuele verbintenis nooit ofte nooit een vordering op grond van artikel 1382 B.W. mogelijk.

Indien die zienswijze de juiste ware, zou dit natuurlijk een totale verandering van koers betekenen in de rechtspraak van ons hof van cassatie die, in tegenstalling tot de Franse, constant de samenloop aanvaardde.

---

december 1973, *Pas.*, 1974, I, 346) l'action délictuelle est exclue lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat, car ce serait en quelque sorte permettre le violation du contrat que d'en tourner les clauses en recourant aux principes de la responsabilité délictuelle, par exemple, dans l'hypothèse où le régime de la responsabilité contractuelle serait moins favorable à la victime''. Eerste voorzitter Rutsaert is een duidelijke tegenstander van de samenloop. Volgens een noot W.G. onder Cass., 16 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, 967, zou de rechtspraak van het hof van cassatie ,,een ontwikkeling hebben ondergaan waarvan twee recente cassatiearresten het eindpunt zou aangeven''. Voortaan zou het hoogste gerechtshof voorgaande leer over boord hebben geworpen, en zou zich uitgesproken hebben tegen de stelling die een keuze laat tussen de vordering in contractuele aansprakelijkheid en de vordering in aquiliaanse aansprakelijkheid.

Zie ook RASIR, R., *Cumul de la responsabilité contractuelle et aquillienne, J.T.*, 1976, 164; FALLON, M., *Le concours des actions en responsabilité : tatonnements et certitudes de la Cour de cassation en Belgique, Droits Européen des Transports,* 1974, 541; FREDERICQ, S., en KRUITHOF, R., *La responsabilité professionelle du fait des produits,* Belgische verslagen van het tiende internationaal rechtsvergelijkend congres te Budapest, 1978; —*Contra:* VAN RYN, J., *Responsabilité aquillienne et contrats, J.T.*, 1975, 505; HERBOTS, J., *De nalatige Stuwadoor, R.W.*, 1973-1974, 1600; *De bemande hijskraan, R.W.*, 1975-1976, 1244; *Nog eens de linkse stuwadoor, R.W.*, 1978-1979, 682.

Om dit te verduidelijken werden in Hoofdstuk I voorbeelden van fouten gegeven die in Frankrijk beschouwd worden als *vreemd aan het contract,* en aldus toch een aquiliaanse vordering mogelijk maken: een vliegmonitor geeft, nadat de les afgelopen is, een demonstratie; hij scheert over het veld en doodt zijn leerling. Hij is aansprakelijk op quasi-delictuele grondslag.

Het is duidelijk dat indien alleen in die gevallen aan de contractspartner een quasi-delictuele vordering gegeven wordt tegen de andere partij, de mogelijkheid van samenloop zoals we die in België kennen verdwijnt. Dat heeft het hof in een *obiter dictum* (vermits *in casu* alleen over de schade gesproken werd in het cassatiemiddel, en niet over de fout) waarschijnlijk toch niet willen zeggen.

Wat betreft het begrip schade

54. We menen dat het hof gesteld heeft dat alleen de contractuele aansprakelijkheid zal kunnen ingeroepen worden, wanneer de geleden schade uitsluitend bestaat in het verlies van een voordeel dat het slachtoffer terecht mocht verwachten van het contract. Dit is het begrip van zuiver contractuele schade, van intrinsieke contractuele schade(51).

Andere auteurs betwijfelen dit. Ze betwijfelen dat het hof van cassatie de thesis van Van Rijn heeft overgenomen. In het *Stuwadoors*-arrest zou het hof als voorwaarde gesteld hebben dat de fout veroorzaakt heeft: een andere schade dan deze die resulteert alleenlijk uit de slechte uitvoering van het contract. Het sluit bijgevolg de delictuele vordering uit, omdat de rechter ten gronde niet vastgesteld had dat de fout en de door die fout veroorzaakte schade vreemd zijn aan de uitvoering van het vervoercontract. Reeds in het *Ebes*-arrest zou het hof dergelijke algemene termen gebruikt hebben.

Uit de arresten zou men volgens de besproken auteurs niet kunnen afleiden dat het hoogste gerechtshof de nieuwe notie van ,,zuiver contractuele schade'' heeft aangenomen. Integendeel de zeer algemene termen die het hof heeft gebruikt zouden refereren naar het klassiek begrip van contractuele schade in de zin van artikel 1149 e.v. B.W.

(51) Inzake productenschade-aansprakelijkheid spreekt men van schade toegebracht aan het product of van commerciële schade, dat wil zeggen schade die de levering van het niet-conform product aan de koper zelf toebrengt, — *damnum emergens et lucrum cessans.* Daarentegen kan men ook schade oplopen die door het product wordt veroorzaakt, dit wil zeggen de schade die de koopwaar veroorzaakt aan andere goederen of aan de fysische integriteit: dit is niet een zuiver contractuele schade. Zie hierover het proefschrift van H. Cousy, *Problemen van productenaansprakelijkheid. Rechtsvergelijkend onderzoek,* Brussel, 1978.

55. Ik denk niet dat die interpreatie aan het cassatie-arrest van 1973 mag gegeven worden, spijts de enkele wellicht ongelukkig gekozen woorden ,,vreemd aan''.

De tweede voorwaarde betreffende de schade, die in het *Ebes*-arrest toch duidelijk geformuleerd is, zou dan immers geen zin hebben. Het zou practisch geen zin meer hebben te vereisen dat de schade vreemd zou zijn aan de uitvoering van het contract, indien men reeds zou vereisen dat de fout *totaal vreemd* zou zijn aan de uitvoering van het contract. Het heeft slechts zin, zoals Savatier en Van Rijn, te praten over de ,,niet louter contractuele schade'' als voorwaarde van het instellen tussen contractspartners van een aquiliaanse vordering, indien men aan de andere kant van de medaille tegelijkertijd vereist dat de fout contractueel zou zijn *en een quasi-delictuele dimensie zou vertonen.* Indien men met andere woorden vereist dat de fout zuiver quasi-delictueel zou zijn, wordt het nutteloos nog voorwaarden te stellen met betrekking tot de schade. Waarom de taal van Savatier en Van Rijn spreken, indien men hun stelling verwerpt? Nu moet wel toegegeven worden dat in het cassatiearrest van 15 september 1977 niet meer over de schade gesproken wordt — maar dat hoefde ook niet — zoals gezegd (nr. 50, laatste zin).

Het hof heeft trouwens de gewoonte niet — en mag die liefst ook niet aankweken — om, zonder boe of ba, het geweer van schouder te veranderen.

Daarenboven mag het feit niet over het hoofd gezien worden dat, zowel in de Ebes-zaak als in die van de nalatige stuwadoor, Van Rijn als cassatieadvocaat optrad. In bepaalde cassatiemiddelen steunde hij uiteraard op de samenloopsleer die hij sedert 1937 steeds, tegen De Page in, verdedigd had en in 1957 verfijnd zoals Savatier het voorhield (52). Uiteraard werd door hem in geen enkel cassatiemiddel de stelling voorgehouden volgens welke de samenloop *überhaupt* uit den boze zou zijn. Welnu, in privaatrechtelijke zaken is het Belgisch hof van cassatie met handen en voeten gebonden aan de cassatiemiddelen: ,,*le moyen, tout le moyen, rien que le moyen*''. Het hof heeft niet veel armslag.

56. Opdat de voorstanders van de ,,anti-samenloop interpretatie'' van de geciteerde cassatiearresten niet te hoog van de toren zouden blazen over de logische charme van hun stelling, weze het toegelaten een sceptische André Tunc te citeren: ,,To the logical mind of a French jurist, the distinction is as clear as it is necessary.

(52) SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile*, I, nr. 152.

Either the damage is the result of the breach of a contract which was in existence between the parties: then it gives rise to contractual liability. *Or* the damage occurred between parties who had no contractual relations, or outside the contractual relations of the parties: then it can create only tortious liability. Some scepticism concerning its clarity is justified, however, when one considers that numerous books have been written on the subject, that every year the Cour de cassation decides numerous cases relating to it, and that a recent treatise on tortious and contractual liabilities (MAZEAUD-TUNC) devoted 136 pages to the distinction. Such a volume may not necessarily be a token of health.'' (53). Wat verder geeft hij een ere-saluut aan Savatier's (en Van Rijn's) stelling: ,,if René Savatier does not question the distinction, at least *he gives it a maximum amount of flexibility* by allowing the aggrieved party, whenever possible, an ,,option'' between contractual and tortious liability''.

Blijkens de rechtspraak van het hof van cassatie moet het bestaan aanvaard worden van ,,louter contractuele verbintenissen'' én van ,,louter contractuele schade''. Blijkens het *Ebes*-arrest zijn deze begrippen nogal ruim op te vatten (indien het *recht,* waarvan de krenking wordt ingeroepen, alleen aan het door partijen gesloten contract zijn *ontstaan* te danken heeft, dan geeft zulks aanleiding tot een louter contractuele aansprakelijkheid zelfs indien de krenking van het contractueel recht ontstaan is uit feiten die tegenover derden als onrechtmatig kunnen bestempeld worden).

Een soepele aanwending van deze mogelijkheid kan vele onredelijke nevengevolgen van de aanvaarding van de samenloop vermijden.

Dit gezegd zijnde, kan men toch betreuren dat ons hof van cassatie niet klaarder voor zijn mening uitkomt(54).

---

(53) TUNC, A., *International Encyclopedia of comparative law, t.a.p.,* 24.

(54) Het gebeurde de laatste jaren meer dat in een of ander belangrijk leerstuk aan perplexe studenten moet gedoceerd worden dat het hoogste gerechtshof misschien wel dit heeft willen zeggen, maar mogelijkerwijze ook wel dát. Men denkt hier natuurlijk ook terug aan de vraag of de gewone rechter de grondwettelijkheid van de wet mag toetsen.
Soms treft het hof geen verwijt, maar wordt door de commentator het arrest, en de middelen waarop het antwoordt, te vlug gelezen. Men moet dan ook de cassatietechniek beheersen, om een cassatiearrest te begrijpen, (vandaar dat in onze rechtsfaculteit vanaf de tweede kandidatuur aan de studenten die in de seminaries in de daarop volgende jaren arresten zullen moeten lezen, de elementen van de cassatietechniek bijgebracht worden).
Het arrest van 3 december 1976 (*R.W.*, 1978-1979, 1305 met noot A. Van Oevelen) bijvoorbeeld heeft niet de leer van het hof inzake aansprakelijkheid, wat betreft de samenloop tussen contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid, bevestigd, maar alleen beslist dat de bestreden beslissing aan de motiveringsvereisten, met andere woorden aan het vormvoorschrift van artikel 97 G.W. voldoet.

SOMMAIRE

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE ET CONTRATS

Lorsqu'une situation de fait crée entre A et B un litige donnant à A une action contre B, le concours des responsabilités signifie que A peut choisir sur laquelle des deux responsabilités il fondera son action: la responsabilité contractuelle ou la responsabilité délictuelle. Il faut naturellement alors que soient remplies les conditions d'existence de ces deux responsabilités. En raison des différences possibles entre les deux actions, A choisira évidemment celle qui lui apparaît la plus avantageuse dans sa situation.

Il est question de coexistence lorsqu'un même fait entraîne une responsabilité aquillienne à l'égard des tiers et une responsabilité contractuelle à l'égard du co-contractant. Ce problème n'est pas abordé ici.

Dans notre droit, il n'existe pas de différence essentielle entre les responsabilités contractuelle et aquilienne; il existe uniquement des différences techniques qu'il faudrait autant que possible éliminer. Ces différences techniques concernent: 1. la capacité; 2. la mise en demeure; 3. les clauses d'exonération; 4. la gravité de la faute; 5. le montant de l'indemnité; 6. la solidarité; 7. la prescription; 8. la compétence du tribunal; 9. le droit applicable; 10. la charge de la preuve de la faute (à cet égard, est abordée la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat).

Les différences techniques entre les deux responsabilités ne sont pas les mêmes en Belgique et en France (voir par ex. la validité des clauses d'éxonération, le délai de prescription).

Dans de nombreux cas, le problème du concours ne se pose pas et les situations sont juridiquement bien délimitées:

a) lorsque la faute est *purement contractuelle* (responsabilité contractuelle);
b) lorsque la faute n'a été commise *qu'à l'occasion* du contrat (responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle).

Par ailleurs, l'action sur base quasi-délictuelle et dès lors le concours semblent toujours possibles lorsque la faute contractuelle constitue en même temps une infraction pénale.

Parce que les discussions doctrinales belges en ce domaine ne peuvent bien se comprendre que sur cette toile de fond, l'auteur esquisse d'abord le droit français en matière de concours. En droit français, la responsabilité contractuelle requiert les trois conditions suivantes:

1. il doit exister un contrat valable entre l'auteur et la victime du dommage. Des questions se posent dès lors en ce qui concerne la période pré- ou postcontractuelle, l'existence même d'un contrat — à cet égard, est abordée la responsabilité du médecin et du conducteur de voiture non rémunéré — et, enfin, la nullité du contrat;
2. la responsabilité contractuelle n'existe qu'entre les parties;
3. elle découle exclusivement du non-respect d'une obligation contenue dans un contrat (sur ce point une distinction s'impose entre l'obligation principale expressément contractée et les obligations accessoires implicites comme, par ex., l'obligation de fournir des renseignements ou d'assurer la sécurité du co-contractant, cette obligation de sécurité pouvant constituer une obligation de moyen ou une obligation de résultat).

   Dans l'hypothèse où il s'agit d'une responsabilité contractuelle, celui qui réclame indemnisation ne peut invoquer les règles propres au fait illicite. C'est ce qu'on appelle le principe de la non-ingérence de la responsabilité délictuelle dans la responsabilité contractuelle tel qu'il a été établi en France en 1890 et constamment répété depuis lors: il connaît cependant certaines exceptions que l'auteur énumère.

Cette thèse n'est admise que par la seule Cour de cassation de France. Dans la grande majorité des autres systèmes juridiques (Pays-Bas, Suisse, Italie, Allemagne, *Common law*) est admise la thèse du concours de principe des deux responsabilités.

Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation belge respectivement le 4 juin 1971 et le 7 décembre 1973 peuvent recevoir deux interprétations:

a) le concours des responsabilités n'est pas possible. S'il existe entre parties une responsabilité contractuelle, celle-ci exclut toute action quasi-délictuelle entre ces parties, sauf si le co-contractant a commis une faute sans aucun rapport avec l'obligation qu'il a contractuellement assumée. Telle est la thèse de la jurisprudence française;
b) le concours des responsabilités est possible mais dans le seul cas où sont réunies les deux conditions suivantes:
— une faute qui n'est *pas purement contractuelle*; — un dommage qui n'est *pas purement contractuel*. Telle est la thèse de Savatier et de Van Ryn.

Pour l'auteur, c'est cette dernière interprétation qui doit être donnée à ces deux arrêts de la Cour de cassation.

En cas de faute commise par un sous-traitant ou par un préposé, le co-contractant de l'entrepreneur principal ou du commettant ne peut invoquer leur *responsabilité quasi-délictuelle que dans la mesure où* peut être mise en cause la responsabilité quasi-délictuelle de l'entrepreneur principal ou du commettant lui-même.

Tel est le cas si la faute du sous-traitant ou du préposé n'est pas purement contractuelle, si le dommage n'est pas purement contractuel et si ces deux conditions sont réunies. Du moins dans l'interprétation ici préconisée des arrêts précités. Il n'en est pratiquement jamais ainsi par contre dans l'optique française.

SUMMARY

Tort Liability and Contracts

Were events occur which give rise to a dispute between A and B, which gives A a claim against B, the term ,,concurrence of liabilities'' (concours des responsabilités) indicates that A has the choice of basing his claim on either contract or tort liability. Obviously, the conditions for either type of liability must be fulfilled. In view of the potential differences between both claims, he will obviously opt for the claim which he considers to be of greater benefit to him in the light of his particular situation.

,,Coexistence'' is present where one event gives rise to both third party tort liability and to contract liability in relation to the other party to the contract. This problem will not be gone into here.

Under Belgian law, there is no essential difference between contract and tort liability; only technical differences separate both types of liability and these should, where possible, be removed. They concern: 1. Capacity; 2. Summons; 3. Exoneration clauses; 4. Seriousness of mistake; 5. Amount of compensation; 6. Joint liability; 7. Limitation in time; 8. Jurisdiction of the courts; 9. Governing law; 10. Burden of proof of the mistake (In this regard, the distinction is made between contracts for specific performance and contracts for services (,,obligations de résultat et obligations de moyen'').

The technical differences between both types of liability are not the same in Belgium and in

France, e.g. regarding the valid nature of exoneration clauses and of limitation in time.

In many cases, problems of concurrence do not arise, and the situations have been well defined in law:

a) where the mistake concerns the contract only
b) where the mistake was only committed as a result of the contract.

The claim based on a technical mistake, and consequently also its concurrence with other types of liability, appears to be possible in each case where the mistake arising out of the contract is at the same time a penal offence.

Initially, an outline is given of the concurrence problem under French law, since the Belgian doctrinal discussion in this matter can only be fully understood against this background. Under French law, there is contract liability if the following conditions are fulfilled:

1. the prior conclusion of a valid agreement between the author of the damage and the victim. (This conditions gives rise to question marks concerning the period preceding or following the contract; — here, the liability incurred by doctors and non-remunerated drivers is usually referred to — and the nullity of the contract).
2. The liability only exists between the parties.
3. The liability consists exclusively in the non-compliance with an obligation under the agreement (The distinction must be made here between the main obligation and the implicit and secondary obligation, such as the duty to supply information, or the duty to safeguard the party of the second part's interests. The last-named ,,obligation de sécurité'' can be either an ,,obligation de moyen'' or an ,,obligation de résultat''.

Assuming that we are dealing with a case of contract liability, the plaintiff claiming compensation may not invoke the rules governing illicit acts. This is the principle of the non-involvement of tort liability in contract liability, established in France in 1890 and confirmed on several occasions since that time. This principle is, however, subject to certain exceptions, which are mentioned below.

The French *Cour de Cassation* stands alone in stating this viewpoint. The vast majority of legal systems (Netherlands, Switzerland, Italy, Germany, Common Law) adopt the concurrence in principle of the different types of liability.

The important decisions by the Belgian *Cour de Cassation* of 4 June 1971 (Ebes-case) and of 7 December 1973 (negligent stevedore-case) can be interpreted in two different ways:

a) no concurrence is possible. If there is contract liability between the parties, this excludes the possibility of any claim arising out of a technical offence, unless the party of the second part has no connexion with an obligation he had undertaken by contract. This is the position adopted by the French courts.
b) Concurrence is possible, but only if the following two conditions have been satisfied:
   – the mistake did not arise purely out of the contract; – the damage did not arise purely out of the contract. This is the theory advanced by R. Savatier and Van Ryn.

The author considers that the last-named interpretation is the appropriate one.

When the sub-contractor or a person appointed by another commits a mistake, the party thus designed can only lay a claim arising out of a technical offence against the other party to the agreement, inasmuch as the latter is capable of being thus sued.

Consequently, there is only concurrence if neither the mistake committed by the sub-contractor or by the appointed person, or the damage does not purely arise out of a contract, and both conditions are fulfilled simultaneously — at least according to the author's interpretation. In the French interpretation, this is hardly ever the case.

ZUSAMMENFASSUNG

DELIKTUELLE HAFTPFLICHT UND VEREINBARUNGEN

Wenn sich aus einer faktischen situation zwischen A und B eine Streitigkeit ergibt, sodass A und B eine Forderung hat, heißt Konkurrenz der Haftpflichten (concours des responsabilités), dass A wählen kann an welche der beiden Haftpflichten er sich anlehnen will.

Die Grundvoraussetzungen für beide müssen selbstverständlich anwesend sein. Hinsichtlich der möglichen Unterschiede zwischen den beiden Forderungen, wird er selbstverständlich diese Forderung wählen, die Ihm in seiner Situation die günstigste scheint.

Es ist die Rede von einer Koexistenz, im Falle in dem ein identischer Fakt eine aquilianische Haftpflicht Dritten gegenüber hervorruft, und zu gleicher Zeit eine kontraktmässige Haftpflicht dem Mitkontrahenten gegenüber. Dieses Problem wird hier nicht behandelt.

In unserem Recht besteht zwischen vertragsmässiger und aquilianischer Haftung kein wesentlicher Unterschied. Es gibt zwischen den beiden Haftpflichten nur technische Unterschiede, die, wo es möglich wäre, aus der Welt geschaffen werden sollten.

Diese technische Unterschiede betreffen: 1. Die Befähigung; 2. Die Inverzugsetzung; 3. Die exonerationsforderungen; 4. Die Schwere des Fehlers; 5. Der Umfang des Schadenersatzes; 6. Die Solidarität; 7. Die Verjährung; 8. Die Zuständigkeit des Gerichtes; 9. Die angemessene Rechtspflege; 10. Der Beweislast des Fehlers. (In Zusammenhang mit diesem Punkt wird eingegangen auf die Unterschiede zwischen Verbinlichkeit der Mittel und diese der Resultate).

Die technischen Unterschiede zwischen den beiden Haftungen sind in Belgien und Frankreich nicht dieselben. (Cf. etwa die Gültigkeit der Exonerationsklausel, der Verjährungsfrist).

In vielen Fällen stellt sich die Frage der Konkurrenz nicht, und die Situationen sind juristisch gut abgegrenzt:

a) wenn der Verstoss rein vertragsmässig ist;

b) wenn der Verstoss nur gemacht wurde mit dem Kontrakt als Anlass.

Die Forderung aus quasi-deliktuellen (ausservertraglichem) Grunde und also die Konkurrenz ergibt sich stets als möglich wenn der vertragsmässiger Fehler zugleicherzeit ein strafgerichtliches Verbrechen beinhaltet.

Zuerst wird das französische Recht hinsichtlich der Konkurrenzproblematik skizziert, weil die belgischen doctrinalen Diskussionen in dieser Beziehung nur gegen diesen Hintergrund gut verstanden werden können. Die contractuelle Haftpflicht erfordert im französischen Recht folgende drei Bedingungen:

1. Es muss einen gültige Vereinbarung geben zwischen dem Autor des Schadens und dem Opfer. (Diese Bedingung ruft Fragezeichen hervor im Zusammenhang mit der pre- oder post-kontraktuellen Frist, mit der Frage ob es wohl einen Vertrag gibt, und in dieser Hinsicht wird auf die Haftungspflicht des Arztes hingewiesen und des nicht-entgelteten Autofahrers, und schliesslich gibt es Fragen im Zusammenhang mit der Nichtigkeit des Kontraktes.
2. Sie entsteht nur zwischen Parteien
3. und mit Namen ausschliesslich aus der Nicht-Erfüllung einer in der Vereinbarung verfassten Verbindung. (Der Unterschied soll hier gemacht werden zwischen der ausdrücklich eingegangenen Hauptverbindung und den impliciten zusatzlichen Verbindungen wie beispielsweise die Pflicht zum Erteilen von Auskunften oder die Pflicht den Mitkontrahenten sicher zu stellen. Letzteres, die „obligation de sécurité" kann eine Verbindlichkeit der Mittel oder der Resultate sein).

In der Annahme dass eine kontraktuelle Haftpflicht vorhanden ist, ist es dem Forderer einer Entschädigung verboten sich auf den Regeln einer gesetzwidrigen Tates zu berufen. Also lautet das Prinzip der Nicht-Einmischung der deliktuellen Haftpflicht in der kontraktuellen Haftpflicht, das in Frankreich 1890 gegründet wurde und seitdem ständig wiederholt. Wohl gibts es hier einige Ausnahmen die erwähnt werden.

Mit dieser Stellungnahme steht der französische Kassationshof allein. In der übergrossen Mehrheit der Rechtssysteme (in den Niederländen, in der Schweiz, in Italien, Deutschland, common law) wird die Regel der prinzipiellen Konkurrenz der Haftpflichten in acht genommen.

Den wichtigen belgischen Kassationsarresten vom 4. Juni 1971 (der *Ebes*-Arrest und vom 7. Dezember 1973 (der nachlässige Stukadorsarrest) können zwei Interpretationen gegeben werden:

a) Konkurrenz ist nicht möglich. Wenn zwischen Parteien eine kontraktuelle Haftpflicht existiert, schliesst dies jede quasi-deliktuelle Forderung zwischen ihnen aus, ausgenommen also, wenn der Mitkontrahent einen Fehler begehen würde, der ganz und gar nichts zu tun hätte mit einer Verbindung, die er kontraktuell auf sich genommen hätte. Dies ist die Stellungnahme der französischen Rechtspflege.
b) Konkurrenz ist möglich, aber nur wenn beide folgende Bedingungen vereint werden können: – ein nicht rein kontraktuellen Fehler; – ein nicht rein kontraktuellen Schaden. Das ist die Lehre von R. Savatier und Van Ryn.

Der Verfasser meint, dass letzte Interpretation tatsächlich diesen Kassationsarresten gegeben werden soll.

Wenn ein Unterannehmer oder einer Angestellter einen Fehler begeht kann der Mitkontrahent ihres Einstellers, oder Hauptannehmers sie nur quasi-deliktuell ansprechen, in dem Masse in dem der Hauptannehmer selbst quasi-deliktuell angesprochen werden kann.

Also, wenn der Fehler des Unterannehmers oder des Angestellten nicht rein kontraktuell ist, wenn der Schaden ebenfalls nicht rein kontraktuell ist, und wenn beide Bedingungen zusammen anwesend sind. Dies ist wenigstens so in der beanspruchten Interpretation des Verfassers. In der französischen Optik praktisch nie.