

Tendensen in het Belgische aansprakelijkheidsrecht: het kan verkeren

Prof. dr. W. Vandenbussche en C. De Ridder*

16



* Docent Instituut voor Procesrecht Universiteit Gent, advocaat, respectievelijk praktijkassistent en wetenschappelijk medewerker Universiteit Antwerpen, advocaat.

1. Inleiding

Deze bijdrage geeft een overzicht van een aantal recente ontwikkelingen in het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, die relevantie vertonen voor het verkeerscontentieux. Er wordt achtereenvolgens ingegaan op de aansprakelijkheid bij e-steps (paragraaf 2), het wetsontwerp tot hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (paragraaf 3), de verruimde toepassing van de verlies van een kans-leer (paragraaf 4), de begroting van blijvende schade na een ongeval (paragraaf 5), en de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten (paragraaf 6).

2. Aansprakelijkheid en verzekering inzake e-steps

Hét fenomeen qua mobiliteit van de afgelopen periode was ongetwijfeld de intrede van de elektrische steps (hierna: 'e-steps'). Het overdonderende succes maakte tegelijkertijd dat er reeds talrijke (ernstige) schadegevallen

plaatsvonden. De vraag naar de aansprakelijkheid van de bestuurder van de e-step (hierna: 'e-stepper'), maar ook het recht op vergoeding van de e-stepper als slachtoffer, wordt hierna kort besproken.

De voornaamste vraag is welke kwalificatie de e-step moet krijgen binnen het kader van

buitencontractuele

de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (hierna: 'WAM'). Artikel 29bis WAM bepaalt dat *zwakke weggebruikers* (zoals fietsers of voetgangers) die betrokken raken bij een ongeval met een motorrijtuig met *verzekeringplicht* automatisch recht hebben op een vergoeding van *lichamelijk letsel en kledij schade* vanwege de WAM-verzekeraar van het betrokken motorrijtuig. Zij moeten dus geen fout aantonen van de bestuurder van het motorrijtuig dat betrokken was bij het ongeval. Omgekeerd worden de bestuurders van een motorrijtuig met verzekeringsplicht uitgesloten van de automatische wettelijke vergoedingsregeling van artikel 29bis WAM. Indien zij bijvoorbeeld aangereden worden door een ander motorrijtuig, zullen zij de fout van de bestuurder van dat rijtuig moeten aantonen.

Aangezien een motorrijtuig vroeger gedefinieerd werd als een *"rij- of voertuig, bestemd om zich over de grond te bewegen en die door een mechanische kracht kan worden gedreven"*¹⁾, vielen alle e-steps – net zoals hoverboards, elektrische skateboards en bepaalde elektrische fietsen – onder de verzekeringsplicht voor motorrijtuigen. Dit betekende dan ook dat een e-stepper die op de openbare weg werd aangereden door een auto of vrachtwagen, buiten het toepassingsgebied viel van de automatische wettelijke vergoedingsregeling van artikel 29bis WAM.

Met de wet van 2 mei 2019 heeft de Belgische wetgever dit regime gewijzigd. Er werd een nieuwe bepaling ingevoerd in de WAM die de verzekeringsplicht uitsluit voor *"motorrijtuigen die door de mechanische kracht 25 km/u niet overschrijden"*.²⁾

Hieruit volgt dat een slachtoffer dat wordt aangereden door een e-stepper slechts van de automatische vergoeding van de WAM-verzekeraar kan genieten, indien het gaat om een e-step die zich (op het vlakke) autonoom kan voortbewegen aan een snelheid van meer dan 25 km/u. Gaat het om een e-step die niet sneller kan dan 25 km/u, dan kan het slachtoffer enkel vergoeding verkrijgen via het gemeen aansprakelijkheidsrecht (en zal het dus een fout moeten aantonen).³⁾

Indien de bestuurder van een e-step, die sneller kan dan 25 km/u, slachtoffer wordt van een ongeval met een motorrijtuig met verzekerings-

plicht (bijvoorbeeld een auto of een vrachtwagen), heeft hij geen recht op automatische dekking van de WAM-verzekeraar van de auto of de vrachtwagen, omdat hij geen zwakke weggebruiker is. Indien de bestuurder van een e-step, die niet sneller dan 25 km/u kan, slachtoffer wordt van dergelijk ongeval, wordt hij wel als zwakke weggebruiker beschouwd en geniet hij wel automatische dekking van de WAM-verzekeraar van het andere voertuig.⁴⁾ Vergoeding voor andere schadeposten dan lichamelijke letsels en kledij schade moet evenwel aan de hand van het gemene aansprakelijkheidsrecht worden bekomen (na het aantonen van een fout).

3. Wetsontwerp buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht

In 2015 kondigde de algemene beleidsnota van de Minister van Justitie een grondige hervorming van het Burgerlijk Wetboek aan. Reeds enige tijd leefde het gevoel dat belangrijke delen van dit wetboek verouderd en onoverzichtelijk waren. Er werden zes domeinen geïdentificeerd, waaronder het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, waarvoor een werkgroep werd opgericht. De voorbereidende werkzaamheden van de werkgroep buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht resulteerden in het voorontwerp van 6 augustus 2018 houdende invoering van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: 'voorontwerp'). Om politieke redenen zijn de parlementaire werkzaamheden betreffende dit voorontwerp voor onbepaalde duur stilgelegd. Niettemin bevat dit voorontwerp een aantal opmerkelijke nieuwigheden met relevantie voor het verkeerscontentieux, met name de invulling van de zorgvuldigheidsnorm (subtitel A), de aansprakelijkheid voor minderjarigen (subtitel B) en de versoepeling van het oorzakelijk verband (subtitel C).

A. Invulling van de zorgvuldigheidsnorm

Het huidige buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt geregeld door zes bepalingen, waarvan artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek inzake foutaansprakelijkheid de kern uitmaakt: *"Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden"*.



In het wetsontwerp staan opmerkelijke nieuwigheden met relevantie voor het verkeersrechtcontentieux.



1. Art. 1 WAM.
2. Art. 2, §1 WAM.
3. Zie ook F. Auvray, P. Gillaerts, I. Samoy, C. Van Schoubroeck, S. De Rey, C. Borucki en N. Stroobants, "Step by step: complexiteit verzekerd bij ongevallen met elektrische steps", *Juristenkrant* 2019, afl. 393, 13.
4. Idem.



Er wordt niet langer verwezen naar de ervaring van een persoon.



Het voorontwerp handhaaft de fout als grondslag voor de aansprakelijkheid voor eigen daad. De nieuwe basisbepaling luidt als volgt: “*Wie door zijn fout schade veroorzaakt aan een ander, is gehouden deze te herstellen*”.⁵⁾ De fout is een tekortkoming aan een gedragsnorm die volgt uit de wet of aan de algemene zorgvuldigheidsnorm die geldt in het maatschappelijk verkeer.⁶⁾

De rechter beoordeelt een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsnorm in functie van het gedrag van een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden.⁷⁾ Deze beoordeling moet in abstracto gebeuren. Het is niet mogelijk om de persoonlijke eigenschappen van de dader in aanmerking te nemen (zoals karakter, emotionaliteit, intelligentie, opvoeding, ...). De rechter kan daarentegen wel rekening houden met objectieve criteria (zoals beroep, opleiding, aard en al dan niet bezoldigde activiteit...).

Opvallend is dat, in tegenstelling tot een eerdere versie van het voorontwerp, de parlementaire voorbereiding niet langer verwijst naar de ervaring van een persoon als één van de objectieve criteria.⁸⁾ Daaruit volgt dat de wetgever in laatste instantie is afgestapt van de idee om de ervaring van een persoon of het gebrek daaraan te laten meetellen bij het zorgvuldigheidsoordeel. Dit botste immers op te veel weerstand en ging volledig in tegen de bestaande rechtspraak. Naar Belgisch recht wordt van een bestuurder die zopas een rijbewijs heeft, dus dezelfde zorgvuldigheid verwacht als van een bestuurder die reeds 30 jaar een rijbewijs heeft.

Voorts is het aan de rechter om, op grond van de concrete omstandigheden van het geval, uit te maken of het in aanmerking nemen van een beperking van het fysieke en mentale vermogen (bijvoorbeeld als gevolg van leeftijd of ziekte) verzoenbaar is met de in abstracto beoordeling van de fout.⁹⁾ Op die manier bestendigt het voorontwerp de bestaande rechtspraak die bij verkeersongevallen rekening houdt met de ziekte van de bestuurder¹⁰⁾ (enkel in de zin dat de bestuurder zich bewust moest zijn van zijn ziekte en had moeten beslissen om niet achter het stuur plaats te nemen) en/of de hoge leeftijd, handicap of ziekte van het slachtoffer (in het ene geval leidend tot een fout¹¹⁾; in het andere geval leidend tot afwezigheid van fout¹²⁾).

Nieuw is ten slotte dat het voorontwerp – weliswaar op exemplatieve wijze – een aantal andere beoordelingscriteria opsomt waar de rechter rekening mee kan houden: de aard en de omvang van de redelijkerwijze voorzienbare gevolgen, de kosten en inspanningen nodig om de schade te vermijden, de stand van de techniek en van de wetenschappelijke kennis, de eisen van goed vakmanschap en goede beroepspraktijken en de beginselen van goed bestuur en goede organisatie.¹³⁾

B. Aansprakelijkheid voor minderjarigen

Een tweede grote vernieuwing is een categorische aansprakelijkheidsuitsluiting voor minderjarige jonger dan 12 jaar. Beneden die leeftijd kunnen minderjarige geen eigen aansprakelijkheid oplopen.¹⁴⁾ Dit heeft ook gevolgen voor de situaties waarin een minderjarige jonger dan 12 jaar het slachtoffer is van bijvoorbeeld een verkeersongeval. In tegenstelling tot het gemeen recht, leidt hun – zelfs opzettelijke! – fout dan niet tot een aansprakelijkheidsverdeling met de schadeveroorzaker. De (verzekeraar van de) schadeverwekker zal hen bijgevolg volledig dienen te vergoeden.¹⁵⁾

C. Versoepeling oorzakelijk verband

Het voorontwerp versoepelt tevens het criterium van het oorzakelijk verband tussen fout en schade. Volgens het huidige Belgische recht is er sprake van een oorzakelijk verband wanneer vaststaat dat zonder de fout (of een andere tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis) de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich in concreto heeft voorgedaan.¹⁶⁾ De rechter moet aldus nagaan of de fout een *conditio sine qua non* uitmaakt voor de schade. Daarnaast hanteert het Belgische recht de equivalentieer. Dit betekent dat elke gebeurtenis in aanmerking wordt genomen als oorzaak van de schade. Er wordt geen selectie gemaakt volgens de zwaarte van de fout of de mate waarin de fout aan de schade heeft bijgedragen. Alle oorzaken zijn equivalent.¹⁷⁾ Dit zorgt er voor dat zelfs diegene die een zeer geringe fout begaat, waarvan de bijdrage tot de schade te verwaarlozen is, voor het geheel van de schade kan worden aangesproken door het slachtoffer.

Op het voorgaande principe brengt het voorontwerp nu een aanzienlijke correctie aan. Zo zou er niet langer sprake zijn van een causaal verband “*indien het verband tussen deze gebeurtenis en de schade, dermate verwijderd is dat het kennelijk onredelijk zou zijn de schade toe te rekenen aan de persoon die voor schadevergoeding wordt aangesproken*”. Bij deze beoordeling zal de rechter in het bijzonder rekening houden met het onvoorzienbare karakter van de schade en met de omstandigheid dat de gebeurtenis niet op betekenisvolle wijze het risico op het ontstaan van de schade heeft verhoogd.¹⁸⁾

Het valt af te wachten hoe de rechtspraak beide begrippen verder zal invullen. Het laatste criterium zou daarbij een juridische basis kunnen bieden voor de reeds bestaande (afwijkende) rechtspraak in verband met de zogenaamde foutief meerrijdende passagier. Deze situatie betreft een passagier die schade lijdt door een verkeersongeval, nadat hij wetens en willens in een voertuig heeft plaatsgenomen met een bestuurder die op dat ogenblik kennelijk onbekwaam was (bijvoorbeeld dronken of niet in het bezit van een rijbewijs). Het Hof van Cassatie oordeelde reeds dat “*de onvoorzichtigheid van de*

5. Art. 5.146 Voorontwerp.
6. Art. 5.147 Voorontwerp.
7. Art. 5.148 Voorontwerp.
8. Initieel opgenomen in de Memorie van toelichting bij de 1ste versie van het voorontwerp, p. 50, doch geweerd uit de Memorie bij de 2de versie van het voorontwerp, p. 53.
9. Memorie van toelichting bij voorontwerp, p. 53-54. Daarnaast zijn er specifieke bepalingen over de aansprakelijkheid van minderjarigen en geestesgestoorden, die uit hun aard rekening houden met de leeftijd respectievelijk de beperking van de fysieke of mentale vermogens.
10. Bijvoorbeeld: Antwerpen 30 juni 1995, *RW* 1997-98, 83 (diabetespatiënt die met de wagen rijdt, begaat een fout wanneer hij enkele dagen ervoor het slachtoffer werd van enkele hypoglycemische aanvallen en wanneer hij kort ervoor zijn eetgewoonten en dag- en nachtritme wijzigde).
11. Bijvoorbeeld: Brussel 11 september 1997, *RGAR* 1999, nr. 13082 (een bejaarde man, die blind was aan één oog, moest extra voorzichtig zijn bij het oversteken van een straat).
12. Bijvoorbeeld: Rb. Turnhout 15 januari 2001, *Verkeersrecht* 2001, 260 (het gedrag van het slachtoffer moest soepeleer worden geïnterpreteerd omwille van zijn hoge leeftijd).
13. Art. 5.148 voorontwerp.
14. Art. 5.153 voorontwerp.
15. Art. 5.170, §4 voorontwerp.
16. Cass. 23 september 2013, *Pas.* 2013, 1755; *RGAR* 2014, n° 15106 en *RW* 2013-14, 940; Cass. 31 mei 2013, *Arr.Cass.* 2013, 1352, *Pas.* 2013, 1222 en *TMR* 2014, 234; Cass. 6 december 2013, *RW* 2014-15, 940; Cass. 13 oktober 1995, *Arr.Cass.* 1995, 886, *Bull.* 1995, 917; *Pas.* 1995, 1, 917, Cass. 30 oktober 1973, *Arr.Cass.* 1974, 250.
17. S. Stijns, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, die Keure, 2013, 109, nr. 138.
18. Art. 5.162 Voorontwerp.

passagier [...] zonder oorzakelijk verband [is] met de schade die hij lijdt”, op voorwaarde dat het ongeval niet te wijten is aan de onbekwaamheid van de bestuurder.¹⁹⁾

De versoepeling van de causaliteit komt eigenlijk neer op een toenadering naar de leer van de toerekening naar redelijkheid in Nederland (artikel 6:98 NBW). Het verschil is evenwel dat het Belgische voorontwerp de grondslag van de aansprakelijkheid en de aard van de schade niet betreft bij de beoordeling van het oorzakelijk verband. De leer van de redelijke toerekening hanteert daarentegen meerdere causaliteitscriteria die variëren volgens de omstandigheden, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade en de mate van objectieve voorzienbaarheid.²⁰⁾

4. Verruimde toepassing verlies van een kans-leer

In het Belgische recht houdt de verlies van een kans-leer in dat een benadeelde een derde tot vergoeding kan aanspreken voor het verlies van een reële kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel, op voorwaarde dat dit kansverlies te wijten is aan een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van die derde.²¹⁾ Het verlies van een kans wordt daarbij gecatalogeerd als een soort schade, en staat dan ook los van het causaal verband.

Niettemin spreekt het voor zich dat deze leer oplossingen kan bieden in gevallen waar het causaal verband tussen de fout en de (volledige) schade onzeker is. Bij de vergoeding voor het verlies van een kans laat de rechter de vraag naar het oorzakelijk verband met de werkelijk ingetreden schade gewoon “in het midden”.²²⁾ Hij stelt enkel met een redelijke mate van zekerheid vast dat de kans om een voordeel te verkrijgen of nadeel te vermijden verloren is gegaan.²³⁾

De toepassing van de verlies van een kans-leer lag traditioneel in balans met het zgn. beschikkingsbeginsel. Dit algemene rechtsbeginsel geeft aan in hoeverre de rechter gebonden is door de processuele positie die de partijen innemen.²⁴⁾ Het beschikkingsbeginsel verbiedt de rechter om het voorwerp van de vordering te wijzigen, hetzij door het uit te breiden, hetzij door het door een ander voorwerp te vervangen. Met andere woorden, de rechter mag niet meer (*ultra petita*) of iets anders (*extra petita*) toekennen dan wat is gevorderd.²⁵⁾ Indien de eiser dan de volledige schade (100%) vorderde, terwijl het in se slechts ging om het verlies van een kans, dan oordeelde het Hof van Cassatie steevast dat de rechter niet zelf (ambtshalve) de verlies van een kans-leer mocht toepassen.²⁶⁾ Dit zou immers een wijziging van het voorwerp betekenen, wat in strijd werd geacht met het beschikkingsbeginsel. De rechter moest in dergelijk

geval de vordering afwijzen wegens gebrek aan causaal verband tussen de fout en de (gevoerde) schade.

Het Hof van Cassatie lijkt in zijn arrest van 14 december 2017 enigszins af te stappen van deze traditionele visie en de toepassing van de verlies van een kans-leer derhalve te verruimen. Het betrof een zaak waar de advocaat laattijdig tot dagvaarding was overgegaan, waardoor de vordering van de eisende partij verjaard was. De eisende partij vorderde het volledige bedrag van zijn claim in de oorspronkelijke procedure en niet een percentage daarvan *a rato* van de kans op welslagen van zijn oorspronkelijke claim. Het Hof oordeelde dat de feitenrechter de verlies van een kans-leer in dit geval amtsshalve mag toepassen. De concrete passage van het arrest luidt als volgt:

‘Het voorwerp van de vordering is het feitelijke resultaat dat de eiser met zijn vordering beoogt. De rechter die gevat door een vordering tot vergoeding van de schade ingevolge een niet verworven voordeel of een geleden nadeel, vergoeding toekent voor het verlies van een kans op het verwerven van dit voordeel of het vermijden van dit nadeel, wijzigt het voorwerp van de vordering niet. Hij is ertoe gerechtigd met eerbiediging van het recht van verdediging.’²⁷⁾ (eigen cursivering)

Dit arrest kan op twee manieren worden gelezen: ofwel stapt het Hof af van de strikt feitelijke invulling van het voorwerp (d.i. enkel wat de eiser in feite vordert)²⁸⁾, ofwel stapt het af van de zienswijze dat het verlies van een kans een aparte schadepost is, te onderscheiden van de volledig gerealiseerde schade.²⁹⁾ Het kan niet worden ontkend dat het Hof in voormeld arrest enigszins afwijkt van de strikt feitelijke invulling van het voorwerp. De redenering is dan dat het voorwerp van de vordering niet gewijzigd wordt, aangezien een vordering voor de volledig gerealiseerde schade ook impliciet de (deel)vordering voor het verlies van een kans omvat. Wie het meerdere vordert, vordert impliciet het mindere. Deze zienswijze lijkt ook te worden aangehangen en goedgekeurd door de wetgever.³⁰⁾

Dat het alleszins niet om een uitschuiver gaat, blijkt uit een recent arrest van 5 september 2019.³¹⁾ Daarin bevestigde het Hof van Cassatie een tweede keer dat verlies van een kans amtsshalve kan worden toegepast. Ten gevolge van beide arresten is in ieder geval een verworvenheid dat de rechter het verlies van een kans amtsshalve kan opwerpen, zelfs wanneer de partijen daar geen vergoeding voor vorderden, mits hij de rechten van verdediging eerbiedigt.

5. Begroting van blijvende schade na een ongeval

Voor de vergoeding van de blijvende schade na een ongeval kent het Belgische recht drie ver-

19. Cass. 10 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, p. 1355.
20. A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenissen uit de wet, Deventer, Kluwer, 2015, 65, nr. 76; W.J.G. Oosterveen et al., “Art. 98 BW” in H. Nieuwenhuis, C. Stolker en L. Valk (eds.), *Burgerlijk Wetboek: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 1 en 2.
21. Cass. 5 juni 2008, *Arr.Cass.* 2008, 1462.
22. I. Boone, “Het «verlies van een kans» bij onzeker causaal verband”, *RW* 2004-2005, (92) 93, nr. 4.
23. J.F. Borghetti, “La réparation de la perte d'une chance en droit suisse et en droit français”, *EPRL* 2008, (1072) 1074.
24. P. Van Orshoven en B. Allemeersch, *Gerechtigd Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 108; K. Wagner, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 151.
25. J. Van Doninck, “Grenzen aan de taak van de rechter als hoeder van het algemeen belang”, *RW* 2012-13, 898.
26. Zie o.m. Cass. 20 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 560 en Cass. 2 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1939 (“Overwegende dat het arrest, dat, enerzijds, vermeldt dat “de door de verweerders aangevoerde schade (...) (bestaat in) de aanzienlijke waardevermindering van hun grond doordat deze in bosgebied en niet in woongebied werd ingedeeld” en, anderzijds, oordeelt, dat “de schade niet bestaat in de (door de verweerders) aangevoerde waardevermindering van de grond, maar wel in het verlies van de kans om hun goed in een bebouwbare zone te behouden (...), waarbij dat verlies van een kans (...) als maatstaf voor hun vergoeding (moet) dienen”, amtsshalve het voorwerp van de vordering wijzigt en bijgevolg het beschikkingsbeginsel miskent” (eigen onderlijning)).
27. Cass. 14 december 2017, *VAV* 2018, afl. 3, 37, noot J. Muyldermans.
28. Zie hierover meer: M. Philippet, “Le juge voulu actif, perspective d'un juge du fond”, *Rev.dr.Ulg.* 2014, 450.
29. F. Auvray en K. Ronsijn, “Het verlies van een kans en het beschikkingsbeginsel” (noot onder Cass. 14 december 2017), *RW* 2018-19, p. 589-590.
30. Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp, 119.
31. Cass. 5 september 2019, *JLMB* 2020, 1068, noot G. Genicot, *NJW* 2020, 78, noot F. Auvray en K. Ronsijn; *RABG* 2020, 554; *RGAR* 2020, nr. 15646.



Is een situatie eenmaal verworven, wordt die geacht verder te blijven bestaan.



schillende wijzen van vergoeding: (i) toekenning van een rente, (ii) kapitalisatie en (iii) toekenning van een forfait. De toekenning van een rente komt erop neer dat het slachtoffer voor de toekomst een al dan niet herzienbaar en/of geïndexeerd periodiek bedrag ontvangt. Kapitalisatie is de omzetting in een kapitaal van alle jaarlijkse, maandelijkse of dagelijkse bedragen die volgens de rechterlijke uitspraak verschuldigd zijn. Bij de derde methode begroot de rechter op forfaitaire wijze het bedrag van de schadevergoeding.³²⁾

Over de begroting van blijvende schade bij kapitalisatie bestaat er nog steeds discussie in het Belgische recht. De centrale vraag is of het slachtoffer op het moment van de rechterlijke uitspraak reeds moet aantonen dat de schade in de toekomst steeds onveranderd zal blijven. In een arrest van 27 mei 2016 laat het Hof van Cassatie daar zijn licht over schijnen.

Een slachtoffer van een onrechtmatige daad vordert in haar conclusie in eerste aanleg, voor haar toekomstige morele schade na de consolidatie³³⁾, een kapitalisatie van die schade volgens de formule die zij vermeldde. De politierechter kent deze vordering toe. De beroepsrechter analyseert deze vordering tot vergoeding van de blijvende morele schade op basis van de kapitalisatiemethode. Hij stelt vast dat de omstandigheid dat de vergoeding van de schade na de consolidatie wordt gegrond op hetzelfde forfait als datgene wat werd gekozen voor wat aan die consolidatie voorafgaat, het vaststaande karakter van de schade veronderstelt. Aldus dient de eiseres aan te tonen dat haar blijvende invaliditeit een schade veroorzaakt die zich met de verleden schade verhoudt op een wijze die thans al kan worden bepaald. Het verslag van de deskundigen schept daaromtrent geen enkele duidelijkheid, noch in het voordeel van het blijvend karakter van de hierboven omschreven morele gevolgen, noch in de omgekeerde zin. Het wordt niet aangetoond dat de morele schade van de eiseres constant is gebleven na de consolidatie en zo zal blijven na het vonnis. Aldus weigert de appelrechter de door het slachtoffer voorgestelde berekeningsmethode.

Het Hof van Cassatie vernietigt deze beslissing. Hoewel de getroffene van een onrechtmatige daad zijn schade hoort aan te tonen, dient hij niet, wanneer hij voorstelt zijn blijvende morele schade te berekenen door de kapitalisatie van een forfaitaire dagbasis, aan te tonen dat die schade in de toekomst constant zal blijven.³⁴⁾ Puur juridisch kan deze uitspraak worden gesteund op het adagium dat eenmaal een situatie verworven is, die geacht wordt verder te blijven bestaan. Het komt dan toe aan degene die argumenteert dat deze niet meer bestaat om het omgekeerde te bewijzen.³⁵⁾ In ieder geval vormt deze uitspraak een verbetering van de rechtspositie van slachtoffers die na een ongeval met een blijvende schade te kampen hebben.

6. Bewijsrisicoverdeling inzake schending van informatieplichten door professionelen

In het Belgische recht bestaat er *anno 2020* nog steeds discussie over de vraag wie de bewijslast draagt van de schending van een informatieverplichting. Moet de informatiegerechtigde (zoals de patiënt of cliënt) bewijzen dat de professioneel zijn informatieverplichting niet heeft nageleefd? Of volstaat het dat de informatiegerechtigde aantoont dat er een wettelijke of contractuele informatieverplichting op de professioneel (zoals de arts, advocaat of beleggingsadviseur) rust, waarna het aan die laatste toekomt om de naleving van zijn verplichting te bewijzen? Het antwoord op die vraag is niet onbelangrijk. Indien het bewijsrisico op de informatiegerechtigde rust, moet hij naast het oorzakelijk verband ook nog een andere moeilijke horde nemen op weg naar een mogelijke schadevergoeding.

Het traditionele uitgangspunt in het Belgische recht was dat de informatiegerechtigde de tekortkoming aan een informatieplicht moest bewijzen op basis van het principe *actori incumbit probatio*.³⁶⁾ Nadat er eind jaren negentig onder invloed van de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie³⁷⁾ een zekere tendens ontstaan was om het bewijsrisico op de professioneel te laten rusten, bevestigde het Belgische Hof van Cassatie in 2004 het traditionele uitgangspunt. Het bewijsrisico rust op de partij die een tekortkoming aan een informatieplicht aanvoert.³⁸⁾

Na een decennium windstilte zorgde het cassatiearrest over de deontologische informatieverplichting van de advocaat in 2015 voor ophef. Het Hof oordeelde toen dat de advocaat moet bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om zijn cliënt in te lichten. Het zou niet aan de cliënt toekomen om het negatieve feit aan te tonen dat de vereiste informatie niet werd gegeven.³⁹⁾ Sinds dit kwestieuze cassatiearrest ging de feitenrechtspraak in twee richtingen. Deze tegenstrijdige rechtspraak beperkte zich niet tot beslissingen over de informatieplicht van de advocaat. Zij strekte zich uit tot alle mogelijke professionelen (zoals de arts⁴⁰⁾, de verzekeringstussenpersoon⁴¹⁾ of de aannemer⁴²⁾).

Het wekt dan ook geen verbazing dat het Hof van Cassatie zich een kleine vier jaar later opnieuw heeft moeten uitspreken over de problematiek. Zowel in een arrest van 11 januari 2019 als in een arrest van 18 januari 2020 legt het Hof de bal opnieuw in het kamp van de informatiegerechtigden.

Het arrest van 11 januari 2019 betreft een buitencontractuele informatieplicht van een verpleegkundige. Nadat een dame in het ziekenhuis van een onderzoekstafel is gevallen, ontstaat discussie

32. X, Indicatieve tabel, *T.Pol.* 2017, 16.
33. De consolidatie is de vaststelling dat de medische toestand van het slachtoffer na een bepaalde datum niet meer voor verdere evolutie vatbaar is.
34. Cass. 27 mei 2016, *RGAR* 2017, nr. 15363; *RW* 2017-18, 1703 en *T.Verz.* 2017, 451.
35. V. Ronneau, "La charge de la preuve. Dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme" in F. George, B. Havet en A. Putz, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, (221) 224.
36. Zie o.m. Antwerpen 15 juni 1994, *T.Gez.* 1996-97, 358, noot J. Ter Heerdt; Brussel 3 februari 1989, *RGAR* 1991, nr. 11.817; Antwerpen 9 november 1987, *RW* 1987-88, 1336, noot Vansweevelt, Brussel 6 januari 1951, *RW* 1950-51, 944 en *JT* 1951, 234.
37. Cass. (Ire civ.) 25 februari 1997, n° 94-19.685, *Gaz.Pal.* 1997, 1274: de arts die gehouden is tot een bijzondere informatieplicht moet het bewijs leveren van de uitvoering van die verplichting.
38. Cass. 16 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *Pas.* 2004, 2022, *JLMB* 2006, 1168, *NW* 2006, 316, *RGAR* 2006, nr. 14161, noot, *RW* 2004-05, 1553, noot H. Nys en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. Lierman; Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. Lierman.
39. Cass. 25 juni 2015, *Arr.Cass.* 2015, 1763, *Pas.* 2015, 1753, *Juristenkrant* 2015, afl. 320, 1 en 16, *JT* 2016, 609, noot F.G., *R.CJB* 2018, 113, noot D. Mougenot, *RGAR* 2015, n° 15219, noot F. Glansdorff, *RW* 2015-16, 1664, W. Vandenbussche, *T.BH* 2016, 653, noot D. Mougenot, *T.Gez.* 2015-16, 368, noot C. Lemmens.
40. Bewijsrisico op de patiënt (Rb. Luik 6 november 2015, *RGAR* 2016, n° 15279, Rb. West-Vlaanderen 7 juni 2016, *T.Gez.* 2017-18, 54, noot C. Cornelis) vs. bewijsrisico op de arts (Rb. Brussel 29 februari 2016, *T.Gez.* 2016, 370 en *JLMB* 2016, 1954, Rb. Brussel 5 april 2016, *JT* 2016, 408, Antwerpen 27 juni 2016, *Limb.Rechtsl.* 2018, 15).
41. Bewijsrisico op de cliënt (Luik 1 juni 2016, *DAOR* 2016, 85, *T.BH* 2016, 973 en *T.BH* 2017, 433, noot W. Vandenbussche) vs. bewijsrisico op de verzekeringstussenpersoon (Luik 27 maart 2017, *RGAR* 2018, n° 15482).
42. Bewijsrisico op de opdrachtgever (Brussel 19 september 2017, *RABG* 2018, 1805) vs.

sie over de vraag of de verpleger de patiënte wel gewaarschuwd heeft om te blijven zitten totdat hij de tafel in een lagere stand zou hebben geplaatst. De appelrechters leggen het bewijsrisico van het voldoen aan die informatieplicht bij de verpleger. Het Hof van Cassatie vernietigt deze beslissing. Volgens het Hof volgt uit art. 1315 BW en 870 Ger.W. dat bij een vordering op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid de bewijslast van de tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide in de regel op de benadeelde rust. Aldus besluit het Hof dat *“wanneer de benadeelde aanvoert dat de door hem geleden schade werd veroorzaakt door de miskening van de algemene zorgvuldigheidsplicht doordat de aangesprokene hem welbepaalde informatie niet heeft gegeven, moet hij niet alleen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan.”*⁴³⁾

Aan het arrest van 18 juni 2020 ligt een discussie ten grondslag over de naleving van de vereisten van artikel 8, § 1, eerste lid van Wet Patiëntenrechten. Op basis van deze bepaling heeft de patiënt het recht om geïnformeerd, voorafgaandelijk en vrij toe te stemmen in iedere tussenkomst van de beroepsbeoefenaar. Een patiënte heeft na een medische ingreep met een complicatie te kampen. De appelrechter oordeelt dat het aan de arts toekomt om afdoende te bewijzen dat hij de patiënte voorafgaand heeft geïnformeerd over de complicatie die zich voordeed. De eigen verklaringen van de arts, het consultatieverslag, het verslag van de operatiekamer en de duurtijd die verstreken is tussen de consultatie en de ingreep zijn onvoldoende als bewijs. Aldus besluit de appelrechter dat bij gebrek aan bewijs moet worden aangenomen dat de arts zijn informatieverplichting heeft miskend. Het Hof van Cassatie vernietigt deze beslissing. In dezelfde bewoordingen als het arrest van 11 januari 2019 bevestigt het Hof dat *“de benadeelde die aanvoert dat hij schade heeft geleden doordat de arts heeft nagelaten hem de in voormeld artikel 8 Wet Patiëntenrechten bepaalde informatie te verschaffen, hij niet alleen [moet] bewijzen dat de arts hem de informatie daadwerkelijk had moeten geven, maar ook dat hij dat niet heeft gedaan”*.⁴⁴⁾

De meeste commentatoren reageren positief op deze uitspraken.⁴⁵⁾ De partij die beweert dat de andere partij een tekortkoming aan haar informatieverplichting heeft begaan, moet dat bewijzen. Er is geen enkele reden waarom de feiten onderliggend aan een vordering voor schending van informatieplichten een andere behandeling zouden moeten krijgen dan deze bij ieder ander type aansprakelijkheidsvordering. Toch mag er nog een verdere extrapolatie plaatsvinden. Bij iedere vordering die een partij in rechte instelt, draagt zij overeenkomstig artikel 1315, eerste lid BW en artikel 870 Ger.W. het bewijsrisico van de feitelijke elementen die ten grondslag liggen

aan de norm of het recht waarop zij haar vordering steunt.⁴⁶⁾

Toch is nog enige voorzichtigheid geboden die voortspuit uit een eigenheid van het Belgische recht. De arresten van 11 januari 2019 en 18 juni 2020, die het bewijsrisico bij de informatiege-rechtigde leggen, zijn afkomstig van de Nederlandstalige afdeling van het Hof van Cassatie. Het arrest van 25 juni 2015, dat het bewijsrisico op de informatieplichtige laat rusten, werd uitgesproken door de Franstalige afdeling. Om definitief uitsluitsel te krijgen, zullen wij echter moeten afwachten welk standpunt de Franstalige afdeling van het Hof van Cassatie in een volgend arrest zal innemen.



Bewijsrisico van het voldoen aan de informatieplicht lag bij de verpleger.



bewijsrisico op de aannemer (Rb. Antwerpen 22 februari 2018, RABG 2018, 1834).

43. Cass. 11 januari 2019, AR C.18.0210.N, RGAR 2019, n° 15596, concl. R. Mortier, RW 2019-20, 263, noot S. Guiliams, TBH 2019, 68, T.Gez. 2018-19, 314, noot C. Lemmens.

44. Cass. 18 juni 2020, AR C.19.0343.N.

45. C. Lemmens, “Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen” (noot onder Cass. 11 januari 2019, T.Gez. 2018-19, (318) 322, nr. 19; P. Van Renterghem, “La charge de la preuve dans le cadre de l’obligation d’information” (noot onder Cass. 11 januari 2019), TBH 2019, (686) 698, nr. 28; P. Van Renterghem, “La charge de la preuve”, *Ann.dr.Louvain* 2018, (367) 425, nr. 73. Zie ook S. Guiliams, “De bewijslast van de miskening van een niet specifieke informatieplicht in het kader van een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering” (noot onder Cass. 11 januari 2019), RW 2019-20, (264) 265, nr. 4.

46. W. Vandenbussche, “(Andermaal) over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van de informatieplichten”, *P&B* 2020, (91) 95, nr. 12.