

EENZIJDIGE BEHEERSING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRISICO

Eenzijdige beheersing van het aansprakelijkheidsrisico

Over waarschuwingen, instructies,
disclaimers en andere technieken
tot eenzijdige exoneratie

Thomas VERHEYEN



INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge

Eenzijdige beheersing van het aansprakelijkheidsrisico. Over waarschuwingen, instructies, disclaimers en andere technieken tot eenzijdige exoneratie
Thomas Verheyen

© 2021 Lefebvre Sarrut Belgium NV
Hoogstraat 139/6 – 1000 Brussel

ISBN 978-94-000-1341-4
D/2021/7849/82
NUR 822
Gedrukt in de Europese Unie



Verantwoordelijke uitgever: Paul-Etienne Pimont, Lefebvre Sarrut Belgium NV
Lay-out: Crius Group, Hulshout
Omslagontwerp: Danny Juchtmans / www.dsigngraphics.be
Omslagbeeld: Colin Black – Alamy Stock Photo

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

Dit boek is eveneens digitaal beschikbaar op www.stradalex.com en www.jurisquare.be.

VOORWOORD

Dit boek is de commerciële uitgave van het proefschrift op basis waarvan Thomas Verheyen, na het op 28 september 2020 met brio publiek te hebben verdedigd, tot doctor in de rechten is gepromoveerd aan de Faculteit Recht en Criminologie van de Universiteit Gent. Ik had het genoeg promotor te zijn van het door het Bijzonder Onderzoeksfonds (BOF) van de Universiteit Gent gefinancierde onderzoek dat tot dit doctoraat heeft geleid. En nu heb ik de eer het voorwoord te schrijven bij een resultaat dat zeer lovende kritiek kreeg van de leden van de examenjury. Zij zullen het mij daarom hopelijk niet kwalijk nemen dat ik hier enkele van hun commentaren parafraseer en zelfs puntige bewoordingen leen.

Het onderwerp van dit boek kan kort worden geschetst. In heel wat omstandigheden zal een persoon die een activiteit onderneemt, zijn aansprakelijkheid voor de erbij behorende of erdoor verhoogde risico's willen beperken. In sommige gevallen is een dergelijke begrenzing zelfs een voorwaarde voor de economische leefbaarheid van de activiteit. Wanneer vooraf met alle potentieel benadeelden afspraken kunnen worden gemaakt, vormen *exoneratiebedingen* een uitweg. Het onderzoek van doctor Verheyen betrof de mogelijkheden om het aansprakelijkheidsrisico te beheersen door middel van *eenzijdige ingrepen*, andere dan de wijziging van de risicohoudende activiteit zelf. Deze zijn vooral nuttig in de situaties waarin de 'ondernemer' vóór de eventuele schadegevallen de potentieel benadeelden niet kan identificeren of het sluiten van een overeenkomst om andere redenen niet haalbaar is.

In modieuze moderne terminologie kan dit een deel van het *legal risk management* worden genoemd. Dit onderwerp is allicht van groot praktisch belang, zowel voor de potentieel aansprakelijke personen – in het bijzonder ondernemers van risicovolle activiteiten – als voor de potentieel benadeelden, zij die onderhevig zijn aan de risico's van andermans activiteiten.

In dat licht is het merkwaardig dat hieraan in ons land tot nu toe weinig academische aandacht werd besteed. Terwijl er veel Belgische juridische literatuur bestaat over *exoneratiebedingen*, werd de problematiek van de *eenzijdige* exoneratie en de tot een analoog resultaat leidende andere eenzijdige technieken nog nooit grondig en systematisch onderzocht. Als gevolg hiervan was het bestaande Belgische recht dat eenzijdige aansprakelijkheidsbeperkingen beheerst, eigenlijk niet *wetenschappelijk* gekend. Wat erover werd geschreven, bleek niet te zijn gebaseerd op een uit de rechtspraktijk geïnduceerde theorie, maar wel op een – al dan niet min of meer verantwoorde – transpositie van de beginselen van de con-

tractuele exoneratie naar de buitencontractuele context, zonder dat deze leer ooit grondig en systematisch aan de rechtspraak was getoetst.

De vraag op welke bases eenzijdige beperking van aansprakelijkheid kan worden gelegitimeerd, schreeuwde dan ook al enige tijd om een rechtswetenschappelijke verklaring. Deze verklaring wordt door Thomas Verheyen met verve gegeven op basis van een uiterst grondige analyse van en getoetst aan veel rechtspraak ter zake.

De auteur maakt voor zijn analyse een onderscheid tussen twee manieren waarop eenzijdig een invloed kan worden uitgeoefend op het aansprakelijkheidsrisico: enerzijds door informatie te bezorgen aan de potentiële benadeelde(n) en anderzijds door wilsuitingen. Informatieverstrekking – waaronder zowel waarschuwingen, die een risico bekendmaken of de aandacht op dit risico vestigen, als instructies, die aangeven hoe een potentieel benadeelde een aanwezig risico kan verkleinen of ontwijken – wijzigt de concrete context, waardoor de toetsing aan de geldende zorgvuldigheidsnorm tot een andere conclusie kan leiden. Gedrag dat op zich in gegeven omstandigheden onzorgvuldig is, kan door ermee gecombineerde informatieverstrekking zorgvuldig zijn, waardoor er geen aansprakelijkheid ontstaat. Minstens kan de beschikbaarheid van de informatie ervoor zorgen dat gedrag van de benadeelde dat ervoor zorgt dat het aanwezige risico gerealiseerd wordt onzorgvuldig is, waardoor er een gedeelde aansprakelijkheid en dus een verminderde aansprakelijkheid voor de derde volgt. Met een wilsuiting geeft de potentieel aansprakelijke zijn wens weer om niet aansprakelijk te zijn, hoewel de normaliter toepasselijke rechtsregels hem wel aansprakelijk zouden houden. Met een wilsuiting probeert een persoon dus de op hem toepasselijke rechtsregel of het te hanteren onrechtmatigheids criterium inhoudelijk te wijzigen. De cruciale vraag hier is of een potentieel aansprakelijke dit eenzijdig kan.

Op beide punten is de analyse in dit werk origineel. Over het belang van informatieverstrekking door potentiële schadeverwekkers om aansprakelijkheid te vermijden was de rechtsleer tot nu toe eerder beperkt, vaag en ongenueanceerd. En de mogelijkheid om eenzijdig via wilsuiting rechtsregels die een plicht of verbintenis opleggen of een onrechtmatigheids criterium bevatten te wijzigen was, in tegenstelling tot de eenzijdige afstand van recht, nog niet eens overwogen: in de bestaande literatuur werd *a priori* aangenomen dat dit niet kan omdat hiervoor de instemming van de schuldeiser of rechthebbende nodig zou zijn, zonder dat gevolg werd gegeven aan het feit dat het in de rechtspraktijk wel degelijk duidelijk systematisch gebeurt.

Het is dan ook een grote verdienste van doctor Verheyen om de vragen die dienden te worden beantwoord, expliciet te hebben geformuleerd en zich niet tevreden te hebben gesteld met de antwoorden die in de literatuur te vinden zijn, omdat deze gebaseerd waren op niet gejustifieerde vooronderstellingen.

Zo mogelijk nog een grotere verdienste van dit proefschrift is echter dat de auteur met de toegepaste onderzoeksmethode heeft getoond hoe het mogelijk is om een positief privaatrechtelijk onderzoek, waarvan het doel is een theorie te

formuleren die het bestaande recht zo accuraat mogelijk weergeeft, op een waar rechtswetenschappelijke manier te voeren zonder hierbij een beroep te hoeven doen op andere hulpwetenschappen. Hierbij bestaat de empirische realiteit waarvan de voorgestelde theorie kan worden getoetst in de specifieke oplossingen die rechtscollages blijken op te leggen in bepaalde conflictsituaties, en niet noodzakelijk in de motiveringen of de rechtsregels die de rechters voor deze beslissingen inroepen. Op die manier kunnen diverse theorieën over de inhoud van het bestaande recht – verschillende geformuleerde regels – als hypothesen worden beschouwd die kunnen worden gefalsificeerd door na te gaan in welke mate ze in staat zijn de werkelijk genomen beslissingen te verklaren en zo te voorspellen wat rechters zullen doen wanneer ze geconfronteerd worden met bepaalde typegeval- len. In plaats van als recht te beschouwen dat wat de rechters zelf zeggen dat ze doen (*law in books*), wordt het recht hier opgevat als dat wat een verklaring kan bieden voor dat wat de rechters blijken te doen (*law in action*). Het onderzoek probeert dus bloot te leggen welke de typerende kenmerken van feitsituaties zijn die kunnen voorspellen in welke richting de rechterlijke beslissing zal gaan.

Bij dergelijk onderzoek is het – net zoals voor elk wetenschappelijk onderzoek – irrelevant waar de onderzoeker de onderzochte hypothesen heeft gehaald. Allicht maken hypothesen die via inductie uit de empirie worden gedistilleerd een grotere kans om de falsificatie te doorstaan dan wilde gokken, en bij de zoektocht naar mogelijke verklarende factoren voor rechterlijke beslissingen blijkt een bijzonder vruchtbare rol te zijn weggelegd voor de rechtsvergelijkende methode. Met name kunnen hypothesen voor in België bestaande regels worden gehaald uit de gangbare doctrine in een ander rechtstelsel, en met name daar waar de kans groot is dat er op het onderzochte punt al meer verfijning in de theorie is bereikt. Het is om die reden dat dit onderzoek kon worden beperkt tot de *common law doctrine*, waarin het Engelse recht wordt weergegeven aan de hand van verschillende rechtsregels voor wat Duitse juristen *Fallengruppe* zouden noemen. Het zijn deze door Engelse juristen geïdentificeerde verklaringen voor bepaalde beslissingen die in dit onderzoek aan de Belgische rechtspraak werden getoetst. En wat vooraf kon worden verwacht – en wat daarom de te onderzoeken hypothese vormde – is dat de Belgische rechtspraak (de concrete beslissingen die de Belgische rechters blijken te nemen) in hoge mate kan worden verklaard en voorspeld aan de hand van de factoren die in de Engelse literatuur worden herkend in de Engelse rechtspraak. De Belgische doctrine kan dus worden verrijkt door de vage algemene zorgvuldigheidnorm als *catch-all*-regel of als containerbegrip te vervangen door een meer gedetailleerde analyse op basis van diverse factoren die de concrete beslissingen blijken te determineren.

Het onderzoek van Thomas Verheyen heeft zo, dankzij een *close reading* van de rechtspraak met bijzonder gedetailleerde en uitgebreide aandacht voor de concrete feiten – wat noodzakelijk hoort bij deze onderzoeksmethode – in allerlei categorieën van gevallen de *ratio decidendi* geïdentificeerd en vastgesteld dat deze *ratio* in grote mate gemeen is aan de Belgische en de Engelse rechtspraak. De door

Belgische en Engelse rechters gebruikte bewoordingen ter motivering van hun beslissingen mogen dan verschillen, de onderliggende regels die hun beslissingen in feite determineren, veel minder. Terwijl de Engelse doctrine de verbijzondering voor specifieke typegevallen in de vorm van bijzondere rechtsregels voor die gevallen formuleert, bleef de gangbare Belgische doctrine tot nu toe bij de formulering van een vage, ruime regel op een abstracter niveau, die alle bijzondere gevallen zou omvatten. De verbijzondering, die ook in de Belgische juridische werkelijkheid wel degelijk gebeurt, zit in de rechtspraak als het ware verscholen in de feitelijke beoordeling. Hierdoor biedt de cassatierechtspraak in deze materie weinig vruchtbaar onderzoeksmateriaal en diende het onderzoek vooral te worden gericht op de feitenrechtspraak. Het grote nut van dit onderzoek is dat het de gangbare categorische feitenbeoordelingen – die inhoudelijk neerkomen op het bestaan van een rechtsregel – expliciteert. Hierdoor biedt het een verdieping en een verfijning van de doctrine, die zo de reël geldende want blijkbaar toegepaste rechtsregels preciezer weergeeft.

De in dit onderzoek gehanteerde onderzoeksmethode, die we al een tijdje proberen te ontwikkelen in het aansprakelijkheidsrechtelijk onderzoek in het Gentse Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht, heeft hier voor het eerst in een doctoraat haar vruchtbaarheid getoond. Het werk van Thomas heeft, door zo aansluiting te vinden bij wat rechters in feite blijken te doen, inzichten opgeleverd die eens je ze hebt vernomen, zo evident lijken – expliciteren wat impliciet aanwezig was, klinkt vaak herkenbaar – dat je niet meer ziet waarom je ze zelf niet eerder hebt geëxpliciteerd.

De onderzoeksattitude van de auteur heeft ook bijgedragen tot dit succes. Hij heeft een diep inzicht in de basisbeginselen van het privaatrecht in het algemeen en de aansprakelijkheidsleer in het bijzonder, en verkent hiermee spelend alle hoeken van de kamer. Thomas laat zich niet alleen niet leiden door etiketten, hij durft zo nodig ook *Etikettenschwindel* te doorprikken. Dit proefschrift is duidelijk een product van het credo van de Universiteit Gent: hij durft zelfstandig te denken en te twijfelen aan wat doorgaans wordt voorgesteld als onbetwistbare waarheid. Hij gebruikt rechts- en moraalfilosofische inzichten niet om hiermee zijn *poeta-doctus*-gehalte te bewijzen, maar op een manier die de brug slaat tussen deze inzichten en de verklaring en dus explicitering van het heersende positief recht door de analyse en de geformuleerde stellingen mede te ondersteunen. Dit leidt tot een intellectueel boeiende denктоcht met een origineel resultaat: een *thesis pur sang* en *pur esprit*.

De conclusies van het onderzoek monden uit in een merkwaardige reeks grondig onderbouwde stellingen. Terwijl deze stellingen theoretisch van aard zijn, bieden ze de praktizijn meteen bijzonder belangrijke hulp door expliciet te identificeren waar bepaalde concrete rechterlijke uitspraken inhoudelijk vandaan komen, wat het mogelijk maakt ze beter te voorspellen. Het onderzoek heeft aangetoond dat allerlei zogenaamde ‘vertrouwde leerstukken’ als te algemene en vage en soms zelfs manifest incorrecte weergaven van het Belgische bestaande recht

moeten worden beschouwd, en dat andere tot nu toe nog niet (h)erkende rechtsregels gelden, vermits ze blijken te worden toegepast in de Belgische rechtspraak. Hier al deze stellingen opsommen is niet mogelijk. Toch wil ik enkele ervan onder de aandacht brengen, omdat ze verfrissend zijn.

Met betrekking tot de inhoud van de zogenaamde algemene zorgvuldigheidsnorm, die bepaalt welke invloed informatieverstrekking heeft op de aansprakelijkheid, kunnen de volgende opmerkelijke conclusies worden vermeld:

- A. Ook de Belgische foutaansprakelijkheid kan accuraat worden weergegeven door een plichtvereiste te vooronderstellen, waarbij er pas aansprakelijkheid is indien dergelijke plicht niet werd nagekomen. Deze plichten volgen uit bepaalde verantwoordelijkheden die worden erkend.
- B. Men is verantwoordelijk voor het eigen welzijn maar niet voor het welzijn van eenieder. De vooronderstelde plicht om de eigen belangen te beschermen (waarvan de schending een eigen fout van de benadeelde is) is dan ook strikter dan de vooronderstelde plicht om andermans belangen te beschermen (waarvan de schending een fout van een derde vormt). In tegenstelling tot wat vrij algemeen *a priori* wordt aangenomen en beweerd, is in die zin op de benadeelde een *andere* zorgvuldigheidsnorm van toepassing dan op een derde potentiële aansprakelijke, en is de zorgvuldigheidsnorm dus niet ‘algemeen’.
 1. Er bestaat een algemene zorgplicht voor zichzelf:
 - a. Het nalaten van redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van voorzienbare eigen schade is onzorgvuldig.
 - b. Dit geldt zelfs indien het risico ontstaat door voorzienbaar onrechtmatig gedrag van een ander.
 - c. Schade ten gevolge van een gekend of kenbaar risico dat door de benadeelde in strijd met zijn zorgplicht voor de eigen belangen niet werd beperkt, kan – in de mate van de eigen causale bijdrage – niet worden verhaald op basis van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid (eigenlijk is het dus een zorglast, een *Obliegenheit*).
 2. Er bestaat geen algemene zorgplicht voor anderen:
 - a. Alleen in welbepaalde omstandigheden wordt men verondersteld redelijke inspanningen te doen ter beperking van risico’s voor *andermans* belangen. Ook in deze zin is er dus geen ‘algemene’ zorgvuldigheidsnorm.
 - b. Voorzienbaarheid van schade (d.i. *a priori* kennis van het risico) is wel een noodzakelijke voorwaarde maar geen voldoende grond voor het ontstaan van een zorgplicht voor een ander.
 - c. Het niet hebben genomen van redelijke maatregelen om voorzienbare schade voor een ander te vermijden is niet sowieso onzorgvuldig. Dit is alleen het geval indien er een bijzondere band bestaat tussen de aansprakelijke en het risico (bv. hij heeft het risico gecreëerd of verhoogd of heeft als bijzondere taak het beperken of verlagen van dit risico) of tussen de aansprakelijke en de benadeelde (bv. hij heeft een bijzondere

zorgplicht voor deze benadeelde of heeft de ander blootgesteld aan een bestaand risico), en indien de ander onderhevig is aan een uitzonderlijk groot en acuut gevaar (de zogenaamde plicht van de Goede Samaritaan, die zelfs strafrechtelijk gesanctioneerd wordt).

- d. Het is in de regel niet onzorgvuldig jegens anderen om bij het bepalen van het eigen gedrag ervan uit te gaan dat de ander zich rechtmatig (en dus ook zorgvuldig) zal gedragen. In tegenstelling tot wat wordt beweerd, is er geen algemene (consideratie)plicht om rekening te houden met alle voorzienbare onrechtmatigheden van een ander of, anders uitgedrukt: het niet rekening houden met een voorzienbare, mogelijke onredelijkheid van een ander maakt op zich geen onzorgvuldigheid uit die leidt tot gemeenrechtelijke aansprakelijkheid.
- e. Specifiek op dit punt verschilt de basisgedachte van de productaansprakelijkheid van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregime: de producent dient namelijk *wel* rekening te houden met het voorzienbare onrechtmatige (inclusief onredelijke en dus onzorgvuldige) gebruik van zijn producten. Deze afwijking van de aan de basis van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels liggende veronderstelde gelijkheid van burgers is verklaarbaar op basis van inzichten uit de *behavioral economics*.

Met betrekking tot de beheersing van het aansprakelijkheidsrisico door eenzijdige wilsuitingen poneert de auteur:

- A. Er is geen reden om eenzijdige exoneratie algemeen uit te sluiten (te verbieden of onmogelijk te achten). Er zijn wel beperkingen.
- B. Exoneratie kan een bestaande rechtsverhouding (met bijbehorende verplichtingen) niet uithollen. Eens verbonden, kan een persoon zich niet meer bevrijden door middel van een eenzijdige wilsuiting, want dat zou dit verbonden zijn van alle inhoud ontdoen. Een verbintenis is één vorm van verbonden zijn, maar er zijn ook vormen van verbonden zijn die geen verbintenis vormen. Wie op basis van omstandigheden een bepaalde (buitencontractuele) verantwoordelijkheid draagt, kan zich niet (meer) eenzijdig bevrijden van de aansprakelijkheid op basis van de onzorgvuldigheid die bestaat in de niet-nakoming van de plichten die volgen uit die verantwoordelijkheid.
- C. Een persoon kan onder omstandigheden door middel van een eenzijdige wilsuiting wel vermijden dat hij bepaalde verantwoordelijkheden krijgt of bepaalde plichten op zich neemt.
- D. In tegenstelling tot wat meestal wordt beweerd, vereist (eenzijdige) exoneratie geen toestemming van de potentieel benadeelde. Wel is vereist dat de benadeelde de mogelijkheid had om te vermijden hieraan onderworpen te zijn, wat vereist dat de benadeelde vóór het ontstaan van de onderlinge rechtsverhouding kennis kon krijgen van de wilsuiting. De persoon die op basis van zijn eenzijdige wilsuiting bevrijd wil worden van aansprakelijkheid, draagt dus

een kennisgevingslast, die zwaarder weegt naarmate de eenzijdig voorgestelde exoneration meer ingrijpt in de rechtsverhouding. Deze vereiste volstaat om de rechtspraktijk over eenzijdige exoneration te verklaren en te justifiëren en geeft ons positief recht dus accuraat weer.

- E. De bindende kracht van een eenzijdige exoneration is afhankelijk van het gewekte vertrouwen, niet van de instemming van de benadeelde. Het is niet nodig en niet nuttig – want het inzicht vertroebelend – om de vereiste voor de bindende werking van eenzijdige exonerationen voor te stellen als ware het een toepassing van de geldigheidsvereisten voor exonerationen; het niet-reageren van de potentiële benadeelde op een tijdig kenbare eenzijdige wilsuivering voorstellen als een (impliciete) aanvaarding die een overeenkomst doet ontstaan, is een totale fictie, vermits het reële ‘probleem’ waarmee de rechter wordt geconfronteerd, net het *ontbreken van een instemming* van de benadeelde is.
- F. Exonerationen die verder gaan dan mogelijk/toegelaten, worden niet toegepast (er hoeft dus geen beroep te worden gedaan op de figuur van de nietigheid om ons recht op dit punt weer te geven).

Dit was maar een greep uit de vele stellingen die dit proefschrift rijk is. De lezer van dit voorwoord die meer wil weten, wordt uitgenodigd om zelf het boek te lezen, wat niet eens een grote inspanning vergt. Het werk is helder geschreven, in eenvoudige woordenschat en syntax. De tekst leest vlot: de lezer wordt als het ware bij de hand genomen en doorheen de redeneringen geleid.

Na de verdediging van dit proefschrift en het einde van zijn BOF-beurs heeft doctor Verheyen een vooraanstaand Brussels advocatenkantoor vervoegd om zich als jurist verder te volmaken in de rechtspraktijk. Ik weet echter dat hij inherent een *homo academicus* is. Daarom ben ik verheugd dat hij bereid is om vrijwillig postdoctoraal wetenschappelijk medewerker te blijven bij het Gentse Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht. Wij hopen dat hij zich in de toekomst nog meer in de academische wereld zal engageren, want de Vlaamse rechtsfaculteiten hebben nood aan juristen met een kritisch wetenschappelijke onderzoeksattitude gekoppeld aan een brede en diepe culturele bagage waaruit intellectuele inspiratie kan worden geput.

Prof. dr. Marc KRUTHOF
 Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht
 Faculteit Recht en Criminologie, Universiteit Gent

DANKWOORD

Het schrijven van een doctoraatsproefschrift wordt soms een eenzame tocht door de woestijn genoemd. De totstandkoming van dit boek had echter meer weg van een zwemtocht door de oceaan. Ik geraakte vooruit op eigen kracht en botste daarbij meer dan eens op tegen- of zijstrooming. Er was echter altijd een bootje dat me vergezelde en waarin mensen zaten die mij aanmoedigden. Zij verdienen een bijzonder woord van dank.

In de eerste plaats is er natuurlijk Marc Kruithof, mijn promotor. Hij inspireerde me om de duik in de oceaan te nemen en stond altijd paraat met advies onderweg. Niet alleen wakkerde hij met zijn bevlogen manier van lesgeven mijn interesse in het aansprakelijkheidsrecht en de theoretische grondslagen van het privaatrecht aan, hij inspireerde mij ook in zijn voetsporen te treden door naar Yale te gaan en een doctoraatsproefschrift te schrijven. Ik kon altijd, wellicht soms op ongelegen momenten, binnenvallen in zijn bureau met een vraag. Regelmatig bleef ik heel lang zitten en discussieerden we over van alles en nog wat. Dit zijn de vormende momenten die je als doctorandus nodig hebt. Hij heeft me ook al doende geleerd nooit genoeg te nemen met algemeen aanvaarde antwoorden. Zijn verbetering in het blijven stellen van de moeilijke vragen hebben op de jonge geest een heel inspirerend effect. Door zijn intellectuele stijl en karakter is hij voor mij een ware *maître à penser*.

Daarnaast wil ik de jury bedanken. Michel Tison heeft als decaan de verdedigingen in goede banen geleid. Professoren Ignace Claeys, Hans De Wulf, Matthias Storme, Ilse Samoy en Britt Weyts hebben mijn lijvig boek met veel aandacht gelezen en het met hun kritische opmerkingen en vragen naar een hoger niveau getild. Professor Claeys en professor Storme hebben mij daarnaast tijdens de jaarlijkse bijeenkomsten van de begeleidingscommissie de juiste koers laten aanhouden.

Conditio sine qua non voor dit boek is de financiële steun geweest van het Bijzonder Onderzoeksfonds van de Universiteit Gent, dat mij heeft toegelaten om vier jaar zonder andere verplichtingen onderzoek te doen. Ik dank ook het *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* omdat dit mij heeft toegelaten om twee maanden kosteloos hun bibliotheek te gebruiken.

Voor naleeswerk bedank ik Jan De Bruyne, Bastiaan Insel, Kevin Ongenae, Jochen Tanghe, Matthias Van Der Haegen en Florenz Volkaert.

Verder verdienen mijn collega's een woord van dank. In de eerste plaats Jochen Tanghe, mijn bureaugenoot. Jochens rustige karakter is heel bevorderlijk voor de productiviteit. Hij heeft daarenboven een bijzonder scherpe analytische geest, waardoor ik altijd op hem kon rekenen om mijn halfbakken theorieën uit te

testen. Daarnaast ook een bijzonder woord van dank aan Jan De Bruyne en Olivier Eloot. Zij zijn de twee meer *senior* onderzoekers in ons team die me op mijn reis hebben vergezeld. Jan verdient lof voor zijn zin voor initiatief, *team spirit* en overschot aan energie en Olivier voor zijn luisterend oor.

De andere collega's op de gang wil ik eveneens bedanken. De vakgroep burgerlijk recht is een hele fijne bende interessante mensen met wie er altijd iets te beleven valt. Daarnaast wil ik ook de secretariaatsmedewerkers en in het bijzonder Mia De Meyer bedanken, die verantwoordelijk is voor onze onderzoekseenheid. De bibliotheekmedewerkers dank ik om een uitgebreide, mooie collectie te onderhouden.

Ook mijn vrienden, van wie velen aanwezig waren op de publieke verdediging, hebben mij door de jaren heen gesteund en voor de nodige ontspanning gezorgd.

De professoren van de Yale Law School en mijn medestudenten daar verdienen ook een plaats in dit dankwoord. Mijn jaar in de VS heeft mijn visie op recht, zijn verhouding tot andere disciplines, de juridische methode en dit onderwerp grondig veranderd. In de VS studeren zou bovendien niet mogelijk geweest zijn zonder de financiële ondersteuning van de Belgian American Educational Foundation en de Stichting Fernand Lazard.

Tot slot wil ik mijn familie bedanken. Mijn schoonfamilie, om mij zo warm te onthalen en met veel interesse te luisteren naar wat ik over mijn doctoraat te vertellen heb, maar natuurlijk in de eerste plaats mijn ouders, broer en schoonzus. Voor je op het punt komt waarop je beslist een doctoraatsproefschrift te schrijven, zijn er al zoveel jaren voorafgegaan waarin je door je ouders en de rest van je familie gesteund bent om verder te werken en te blijven volhouden om je doel te bereiken. Ik ben in een warm nest opgevoed en heb altijd heel veel kansen gekregen. Voor mijn ouders kwam mijn welzijn en dat van mijn broer altijd op de eerste plaats. Ik hoop dat ik hetzelfde zal kunnen doen voor mijn pasgeboren zoon, Aster.

Zo komen we bij de belangrijkste persoon van allemaal, mijn lieve vrouw Iris. Zij is de kapitein van het schip dat met mij de oceaan is overgestoken. We hebben elkaar leren kennen op de dag van mijn masterproefverdediging, net voordat ik begon aan mijn doctoraat. Door haar eigen academische ervaring kon ze me altijd goed advies geven. Belangrijker nog is haar morele steun geweest en het engelen-geduld waarmee ze ellenlange monologen aanhoorde, niet alleen over de inhoud van mijn proefschrift, maar ook over de ups en de downs die onvermijdelijk bij het schrijven ervan kwamen kijken. Tijdens de coronalockdown was ons sociaal leven heel beperkt, maar ze heeft nooit geklaagd dat ik de laatste maanden van het schrijfproces dagelijks van 's morgens vroeg tot 's avonds laat heb doorgewerkt om het proefschrift voor de zomer neer te leggen.

Daarom draag ik dit boek aan haar op.

Sint-Jans-Molenbeek
23 december 2020

INHOUD

<i>Voorwoord van Prof. dr. Marc Kruithof</i>	v
<i>Dankwoord</i>	xiii

Inleiding	1
------------------------	---

I.	Probleemstelling en afbakening	1
A.	Probleemstelling	1
i.	Enkele voorbeelden	1
ii.	Algemene onderzoeksvraag	2
B.	Afbakening	3
II.	Wilsuitingen en informatie	5
A.	Het onderscheid tussen wilsuitingen en informatie	5
B.	Toelichting bij de term ‘wilsuiting’	7
III.	Plan en methode	9

DEEL 1.

BEHEERSING VAN HET GEMEENRECHTELIJKE AANSPRAKE- LIJKHEIDSRISICO	13
--	----

Hoofdstuk 1.

Beheersing van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrisico door middel van informatieverstrekking	15
---	----

I.	Inleiding	15
A.	Functies van dit hoofdstuk in het boek	15
B.	Afbakening: de keuze voor de onzorgvuldigheid	16
C.	Waarschuwingen, instructies en contextinformatie	20
D.	Stellingen verdedigd in dit hoofdstuk	24
E.	Structuur van het hoofdstuk	25
II.	<i>Status quaestionis</i> : onzorgvuldigheid en fout van de benadeelde	26
A.	Foutaansprakelijkheid: algemeen	26
B.	De schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm als onrechtmatigheid	31
i.	Algemeen: een veelheid aan normen	31
ii.	Abstractie van het zorgvuldigheids criterium	39

	iii. Belang van voorzienbaarheid	45
	iv. Conclusie	54
	C. De eigen fout van de benadeelde	54
III.	<i>Duty</i> in de Engelse <i>tort of negligence</i>	60
	A. Functie van dit onderdeel in het boek	60
	B. <i>Duty of care</i> : inleiding en relevantie	61
	C. Historische ontwikkeling	63
	D. Huidige stand van het recht	65
	i. Doorslaggevend belang van precedenten – twee subsidi- aire testen	65
	ii. De test uit <i>Caparo Industries</i>	67
	iii. De test uit <i>Hedley Byrne: assumption of responsibility</i>	70
	a. Inleiding – <i>assumption of responsibility</i>	71
	b. Het basisarrest: <i>Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd</i>	71
	c. Huidige toepassing van <i>assumption of responsibility</i>	74
	d. Coherentie van het criterium	76
	e. Verhouding tot <i>Caparo</i> en tot de <i>incremental approach</i>	78
	E. Aansprakelijkheid voor <i>negligent omissions</i>	79
	i. Inleiding	79
	ii. De regel: enkel aansprakelijkheid voor <i>misfeasance</i>	79
	iii. De uitzondering: toch aansprakelijkheid voor <i>non-feasance</i> . . .	81
	F. <i>Occupiers' liability</i>	84
	i. Algemene beginselen	85
	ii. <i>Visitors, trespassers</i> en de macht om eenzijdig het aansprakelijkheidsregime te bepalen	88
	iii. De bescherming van <i>visitors</i> door de <i>common duty of care</i>	94
	iv. De lagere bescherming van <i>trespassers</i>	97
	a. Historische ontwikkeling	97
	b. De bescherming van <i>trespassers</i> onder de OLA 1984	99
	(1) Voorwaarden voor een <i>duty</i> jegens een <i>trespasser</i> . . .	100
	(2) Inhoud van <i>duty</i> jegens <i>trespassers</i>	103
IV.	Informatieverstrekking en aansprakelijkheid in het Engelse recht. . . .	104
	A. Inleiding	104
	B. Wanneer moet er wel en niet worden gewaarschuwd onder de <i>tort of negligence</i> ?	106
	i. Wanneer hoeft er niet gewaarschuwd te worden onder <i>negligence</i> ?	106
	ii. Wanneer moet minstens worden gewaarschuwd?	114
	iii. Conclusie	118
	C. Wanneer moet er wel en niet gewaarschuwd worden onder <i>occupiers' liability</i> ?	123

i.	Pro memorie: de invloed van de <i>occupier</i> op de kwalificatie van degene die het erf betreedt.	123
ii.	De invloed van informatie op de aansprakelijkheid jegens <i>visitors</i>	123
a.	Inleiding.	123
b.	Hoofdlijnen	125
c.	Wanneer hoeft er niet te worden gewaarschuwd?	127
d.	Wanneer moet minstens worden gewaarschuwd?	133
e.	Wanneer zijn fysieke maatregelen vereist?	143
f.	Conclusie	147
iii.	De invloed van informatieverstrekking op de aansprakelijkheid jegens <i>trespassers</i>	150
V.	Informatieverstrekking en aansprakelijkheid in het Belgische recht.	155
A.	Doel van het onderzoek en plan	155
B.	Methode.	156
i.	Zoekopdrachten	156
ii.	Wering van cassatierechtspraak	158
iii.	Beperking van het onderzoek tot gepubliceerde rechtspraak ..	158
iv.	Verwerking van de rechtspraak	159
C.	Perspectief van de potentieel aansprakelijke persoon	161
i.	Illustratie van het probleem aan de hand van enkele uitspraken	162
a.	Wanneer de potentieel aansprakelijke persoon niets hoeft te ondernemen	162
(1)	De snijdende garagepoort.	162
(2)	De valpartij in Aqualibi	164
(3)	Het laadplatform op de Delhaizeparking	166
(4)	De zich borg stellende zaakvoerder	167
(5)	De val in het ravijn	169
(6)	Conclusie.	171
b.	Wanneer waarschuwen volstaat.	171
(1)	De ketting over de weg	172
(2)	Het valse plafond	172
(3)	De interimpoetsvrouw	174
(4)	De val in het ziekenhuis	175
(5)	Parking zonder uitgang	176
(6)	Conclusie.	177
c.	Wanneer waarschuwen niet volstaat.	177
(1)	De onzichtbare schroef van het vliegtuig.	178
(2)	Elfjarigen gaan paintballen	178
(3)	Verstoppertje op de bouwwerf.	180
(4)	De vrijwilliger uit het publiek van de circusshow ...	181

	(5) De telefooncel zonder raam	182
	(6) Conclusie	183
ii.	De invloed van informatieverstrekking op de zorgvuldigheidsbeoordeling	183
	a. Enkele algemene principes	184
	(1) Afwezigheid van een algemene waarschuwingsplicht, zelfs als schade voorzienbaar is	184
	(2) De veronderstelling dat anderen rechtmatig zullen handelen, is niet onzorgvuldig	187
	(3) Slechts uitzonderlijk moet rekening gehouden worden met voorzienbaar onrechtmatig gedrag.	189
	(4) Belang van normaliteit	191
	b. Factoren die de zorgvuldigheidsnorm verstrengen en waarschuwingsplichten doen ontstaan	193
	(1) Een verantwoordelijkheid voor de veiligheid van de potentiële benadeelde	194
	(2) Controle over een risicofactor	200
	(3) De creatie van een (abnormaal) gevaar	201
	(4) Het wekken van vertrouwen bij potentiële benadeelden	205
	(5) Een relatief groot gevaar.	209
	(6) Een abnormaal gevaar.	211
	(7) Een moeilijk waarneembaar gevaar	212
	(8) Een gebrek aan kennis en vaardigheid bij redelijke personen om het gevaar zelf te ontwijken.	213
	(9) De relatief lage kost van een waarschuwing of andere maatregel	215
	(10) Kennis in hoofde van potentieel aansprakelijke persoon?	218
	(11) Dat de potentiële benadeelde zich rechtmatig op de risicovolle plaats bevindt	218
	(12) Dat de potentiële benadeelde de hem gegeven instructies opvolgt.	220
	c. Kwaliteitskenmerken van een adequate waarschuwing.	221
	d. Conclusie	225
D.	Perspectief van de potentiële benadeelde.	227
	i. Inleiding	227
	ii. Primaire verantwoordelijkheid van potentiële benadeelden voor eigen belangenbehartiging.	228
	iii. De veronderstelling dat anderen rechtmatig zullen handelen, is niet onzorgvuldig.	234
	iv. Zich bevinden op een plaats waar men niet hoort te zijn, vermindert perspectief op schadevergoeding	236

v.	Navolgen van instructies verhoogt perspectief op schadevergoeding.....	236
vi.	Conclusie.....	237
E.	Conclusie: vermijden van aansprakelijkheid door middel van informatieverstrekking.....	238
VI.	Rechtsvergelijkende conclusie.....	240
VII.	Verdieping.....	242
A.	Evenwichten bij bilaterale ongevallen.....	242
B.	De aard van de zorgvuldigheidsbeoordeling.....	247
i.	De kwalitatieve invulling van de zorgvuldigheidsnorm aan de hand van legitieme verwachtingen.....	247
ii.	De plaats van de voorzienbaarheidsvereiste.....	252
iii.	De rol van ‘verantwoordelijkheid’: naar de erkenning van een duty-vereiste in het Belgische recht?.....	254
C.	De causale rol van menselijk gedrag binnen de zorgvuldigheidsbeoordeling.....	257
D.	De eigen fout van de benadeelde.....	260
E.	De consideratieplicht.....	263
VIII.	Algemene conclusie bij het eerste hoofdstuk.....	270

Hoofdstuk 2.

Beheersing van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrisico door middel van wilsuitingen..... 273

I.	Inleiding.....	273
A.	Aansprakelijkheid vermijden via wilsuitingen: algemeen.....	274
B.	Verbonden zijn als leidend criterium.....	276
C.	Het begrip ‘exoneratie’.....	279
D.	Structuur van dit hoofdstuk.....	280
II.	De vrijheid om aansprakelijkheid te vermijden.....	282
A.	Zelfbeschikkingsrecht als grondslag voor Aquiliaanse exoneratie ..	284
a.	Cassatierechtspraak over buitencontractuele exoneratie ..	284
b.	Verdere juridisch-technische onderbouwing in gangbare leer.....	287
c.	Zelfbeschikkingsrecht als grondslag voor Aquiliaanse exoneratie.....	292
B.	De vrijheid om aansprakelijkheid te vermijden moet worden toegejuicht.....	296
C.	Conclusie.....	305
III.	Vermijden van aansprakelijkheid via wilsuitingen in het Engelse recht.....	305
A.	Inleiding.....	305
B.	Het Engelse gemene recht.....	306

i.	<i>Exclusion clauses</i> : algemeen	307
a.	<i>Exclusion clauses</i> zijn geen overeenkomsten	307
b.	Nadruk op controle <i>in concreto</i>	308
c.	Primaire rechtsrelatie, secundaire aansprakelijkheid of allebei? Vooruitverwijzing	309
ii.	De bindende kracht van wilsuitingen	310
iii.	De interpretatie van wilsuitingen	317
iv.	Expliciete exoneratieverboden in de Engelse leer	322
C.	<i>Unfair Contract Terms Act 1977</i>	325
i.	Toepassingsgebied: <i>business liability</i>	326
ii.	Bijzondere regels voor algemene voorwaarden	327
iii.	De <i>Reasonableness Test</i>	330
iv.	Sancties	336
D.	<i>Negligence</i> vermijden via wilsuitingen	336
i.	Algemeen	337
ii.	De bijzondere regels uit de UCTA 1977	342
iii.	Disclaimers	345
a.	De orthodoxe visie op disclaimers	345
b.	Gemeenrechtelijke beperkingen aan het gebruik van disclaimers	350
c.	De rol van de UCTA 1977	356
E.	<i>Occupiers' liability</i> vermijden via wilsuitingen	361
i.	Aansprakelijkheid ten aanzien van <i>visitors</i> vermijden via wilsuitingen	361
ii.	Aansprakelijkheid ten aanzien van <i>trespassers</i> vermijden via wilsuitingen	369
F.	Nabeschouwing: <i>exclusion clauses</i> , de primaire en de secun- daire rechtsrelatie	370
G.	Algemene conclusie met betrekking tot het Engelse model	381
IV.	Vermijden van aansprakelijkheid via wilsuitingen in het Belgische recht	383
A.	Inleiding en plan	383
B.	Methode	384
C.	Vermijden van aansprakelijkheid door wilsuitingen: inhoudelijk	385
i.	Inleiding	385
ii.	Exoneratie in de strikte zin: de orthodoxe visie	388
iii.	Anders geformuleerde wilsuitingen	393
a.	Disclaimers	393
b.	Het op zich nemen van een beperkte verantwoorde- lijkheid	398
c.	Het verschuiven van een verantwoordelijkheid of risico naar de potentiële benadeelde	400

d.	Het opleggen van een gedragsregel aan de potentiële benadeelde	402
e.	Garantiebedingen	404
iv.	Op welk van deze wilsuitingen zijn de regels betreffende exoneratie van toepassing?	407
D.	De bindende kracht van wilsuitingen tot exoneratie	413
i.	Inleiding	413
ii.	De leer: wilsovereenstemming als uitsluitende grondslag voor de bindende kracht van een wilsuiting	414
iii.	Stelling: wilsovereenstemming is een voldoende, maar geen noodzakelijke voorwaarde	420
a.	Stelling	420
b.	De rol van redelijke verwachtingen	424
c.	Lopende handelsrelaties	440
d.	Gebruiken	442
e.	Eenzijdig aansprakelijkheid afwijzen op basis van een juridische bevoegdheid	444
(1)	Probleemstelling	444
(2)	De invloed van eenzijdig opgelegde gedragsregels	445
(3)	Mogelijkheid van eenzijdige exoneratie?	450
(4)	Begrenzing van deze mogelijkheid – wijziging van een reeds verankerde rechtsverhouding	454
f.	Wat alle factoren gemeen hebben: van kennisname-vereiste naar kennisgevingsvereiste	459
iv.	Conclusie	467
E.	Beperkingen aan de vrijheid om aansprakelijkheid te vermijden	468
i.	Inleiding	468
ii.	De essentiële exoneratieverboden	471
a.	Inleiding	471
b.	Het verbod van exoneratie voor eigen opzet: twee betekenissen, twee grondslagen	475
(1)	De definities van opzet in de literatuur	476
(2)	De grondslag voor het verbod van exoneratie voor eigen opzet in de literatuur	479
(3)	Een dubbele grondslag voor een dubbel verbod	482
c.	De wilsuiting tot exoneratie mag de rechtsverhouding niet uithollen	490
d.	Conclusie	498
iii.	De in de literatuur voorgestelde beperkingen in het gemene recht	499
a.	Inleiding	499
b.	Exoneratie voor eigen zware fout	500

c.	Exoneratie voor zware fout of opzet van aangestelden en uitvoeringsagenten	506
(1)	Opzet van aangestelden en uitvoeringsagenten ...	506
(2)	Zware fout van aangestelden en uitvoeringsagenten	509
d.	Exoneratie voor lichamelijke schade	510
e.	Conclusie	512
iv.	Controle <i>in concreto</i> op grond van het verbod van rechtsmisbruik	513
v.	Wettelijke beperkingen aan de vrijheid om aansprakelijkheid te vermijden	515
vi.	Sanctie na schending van een exoneratieverbod	517
a.	Probleemstelling	517
b.	De rechtspraak	519
c.	Hoe kan dit rechtsdogmatisch worden gekarakteriseerd?	521
vii.	Evaluatie van de voorstellen tot hervorming van het Burgerlijk Wetboek	524
F.	Interpretatie van een wilsuïting tot exoneratie	528
i.	Inleiding	528
ii.	Strikte, geen restrictieve interpretatie	528
iii.	De correcte toepassing van de interpretatieregels in de feitenrechtspraak	539
iv.	Conclusie	543
G.	Conclusie: beheersing van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrisico via wilsuïtingen in België	543
V.	Rechtsvergelijkende conclusie	545

DEEL 2.

BEHEERSING VAN HET PRODUCTAANSPRAKELIJKHEIDSRISICO .. 547

I.	Inleiding	549
A.	De keuze voor productaansprakelijkheid als bijzonder regime ...	549
B.	Aard van dit deel van het boek	551
C.	Opbouw	552
II.	Productaansprakelijkheid in een notendop	553
III.	Productaansprakelijkheidsrecht als consumentenrecht	559
A.	De omstreden doelstelling van de richtlijn	559
B.	De lage bewijsstandaard	562
C.	Het gebreks criterium	568
i.	Ontwerp, informatie en fabricage	570
ii.	Consumentenverwachtingen en kostenbatenanalyses	571
IV.	Het exoneratieverbod	577

V.	Vermijden van productaansprakelijkheid door middel van informatieverstrekking.....	583
A.	Productinformatie en productaansprakelijkheid naar positief recht.....	584
i.	Invloed van informatie op productaansprakelijkheid: algemeen.....	585
ii.	Gebrek louter op basis van informatie – causaliteit.....	589
iii.	Waarschuwingen en instructies.....	593
iv.	Wanneer zijn waarschuwingen en instructies noodzakelijk om productaansprakelijkheid te vermijden?.....	594
v.	Vormgeving van adequate waarschuwingen en instructies ...	600
vi.	Bestemming van de productinformatie.....	604
vii.	Grenzen aan de mogelijkheid om via presentatie het gebrek aan het product te ontnemen.....	607
viii.	Productinformatie en de eigen fout van de benadeelde.....	610
ix.	Conclusie.....	613
x.	Vergelijking met de onzorgvuldigheidsbeoordeling.....	614
B.	Naar een waarschuwingsregime gericht op preventie.....	616
i.	Een waarschuwingsregime gericht op preventie.....	617
ii.	Onverenigbaarheid van een preventief waarschuwingsregime met het positieve recht.....	621
a.	Onverenigbaarheid met huidige gebreks criterium.....	621
(1)	De focus van het huidige gebreks criterium op het individuele geschil.....	621
(2)	Het gebrek aan richting geboden door het criterium.....	623
b.	Onverenigbaarheid met de causaliteitsbeoordeling.....	628
c.	Conclusie.....	633
iii.	Ongeschiktheid van klassieke <i>risk-utility</i> -test in Europese context.....	633
a.	De <i>risk-utility</i> -benadering.....	633
b.	Ongeschiktheid van het klassieke <i>risk-utility</i> -criterium in de Europese context.....	636
iv.	Naar een nieuw gebreks criterium: de <i>behavioural risk-utility</i> -test.....	639
a.	Inleiding.....	639
b.	<i>Nudging</i> geprivatiseerd: de producent als keuze-architect.....	640
c.	Waarom deze test evenwichtig is.....	644
(1)	De test is louter gericht op veiligheid.....	644
(2)	De test is feitelijk.....	645
(3)	De test bakent de aansprakelijkheid van de producent duidelijk af.....	646

d.	Haalbaarheid van het voorstel	650
v.	Causale rol van menselijk gedrag onder de nieuwe test – fout van de benadeelde	654
vi.	Blijvende rol voor purchase warnings bij bepaalde soor- ten producten	655
VI.	Algemene conclusie.....	659
	Algemeen besluit.....	663
I.	Algemeen	663
II.	Informatieverstrekking en onzorgvuldigheid	665
III.	Beheersing van het aansprakelijkheidsrisico via wilsuitingen.....	668
IV.	Vermijden van productaansprakelijkheid.....	672
V.	Algemeen besluit.....	674
	<i>Bibliografie</i>	<i>675</i>
	<i>Trefwoordenregister</i>	<i>711</i>