

2016•2017  
FACULTEIT RECHTEN  
*master in de rechten*

## Masterproef

Zou een advocaat (of notaris) aansprakelijk moeten of kunnen worden gesteld indien hij zijn cliënt onvoldoende wijst op de mogelijkheid tot bemiddeling?

Promotor :  
Prof. dr. Eric LANCKSWEERT

Alexander Stevens

*Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten*

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt  
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



**Maastricht University**

2016•2017  
FACULTEIT RECHTEN  
*master in de rechten*

## Masterproef

Zou een advocaat (of notaris) aansprakelijk moeten of kunnen worden gesteld indien hij zijn cliënt onvoldoende wijst op de mogelijkheid tot bemiddeling?

Promotor :  
Prof. dr. Eric LANCKSWEERDT

Alexander Stevens

*Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten*



## **Samenvatting**

Alternatieve geschillenbeslechting is aan een opmars bezig. Gezien de vele voordelen die deze vormen van conflictoplossing bieden in vergelijking met een gerechtelijke procedure, is het niet geheel onlogisch dat er vanuit verschillende kanalen sterke promotie gevoerd wordt om meer geschillen op deze manier op te lossen. De vorm van alternatieve geschillenbeslechting die in dit onderzoek aan bod komt is bemiddeling.

Hoewel er verhoudingsgewijs niet zo heel veel zaken aan bemiddeling onderworpen worden, heeft het verleden reeds aangetoond dat bemiddelen bepaalde onmiskenbare voordelen te bieden heeft. Zo sluit het opstarten van een bemiddeling het voeren van een gerechtelijke procedure in een later stadium niet noodzakelijk uit. Dit blijft namelijk een mogelijkheid wanneer de bemiddeling niet succesvol afgerond wordt. Daarnaast is het gehele proces vertrouwelijk, wat de partijen toestaat om vrijuit te spreken. Ten slotte is bemiddelen ook veel goedkoper in vergelijking met een gerechtelijke procedure en biedt het de mogelijkheid aan de partijen om hun onderlinge relatie te herstellen.

Ondanks deze voordelen en de positieve trend die er de laatste jaren te merken is, is het bewustzijn dat bemiddeling een optie is nog niet aanwezig bij alle cliënten. Het zal dan ook de taak zijn van de juridische expert om hem hier op te wijzen. Wanneer men echter stelt dat het de taak is van de advocaat of notaris om deze informatie te verschaffen, rijst logischerwijze de vraag wat de gevolgen zullen zijn indien een advocaat of notaris dit niet doet. In dit onderzoek werden deze gevolgen aan de hand van de volgende onderzoeksvraag onderzocht: 'Zou een advocaat (of notaris) aansprakelijk moeten of kunnen worden gesteld indien hij zijn cliënt onvoldoende wijst op de mogelijkheid tot bemiddeling?'. Ter oplossing van deze vraag werd het bestaande wettelijk kader inzake bemiddeling bestudeerd. Hier bleek echter uit dat er vandaag de dag nog geen specifieke bepalingen omtrent de aansprakelijkheid voor het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling bestaan.

Vervolgens werd de professionele aansprakelijkheid van de advocaat onder de loep genomen. Aangezien zijn relatie tot de cliënt geacht wordt contractueel van aard te zijn, werd gekeken wat de precieze omvang van zijn plichten zijn. Hierbij werd een onderscheid gemaakt tussen twee hoofdverbintenissen: de plicht tot bijstand en de plicht tot voorlichting en advies. Hoewel het wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling onder deze tweede categorie gekwalificeerd kan worden, blijkt een aansprakelijkheidsstelling in de praktijk niet zo eenvoudig te worden.

Naast de professionele aansprakelijkheid van de advocaat werd ook deze van de notaris onderzocht. De notaris kan in twee hoedanigheden optreden: die van openbaar ambtenaar of die van juridisch adviseur/zakenman. Afhankelijk van deze hoedanigheid zal zijn aansprakelijkheid respectievelijk buitencontractueel dan wel contractueel van aard zijn. Ook in dit geval kon het wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling ondergebracht worden onder de bijstandsverplichting van de notaris. Een concrete aansprakelijkheidsstelling lijkt echter niet voor de hand te liggen.

Alvorens tot een definitieve conclusie te komen, werd er onderzocht of de gevonden resultaten wenselijk zijn. Mijns inziens is een versoepeling van de huidige aansprakelijkheidsregimes echter niet aan te raden.



## **Inhoudsopgave**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Inleiding .....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>Hoofdstuk 1. Bemiddeling .....</b>   | <b>3</b>  |
| Afdeling 1. Algemeen.....   | 3         |
| §1. Kenmerken .....   | 4         |
| §2. De bemiddelaar .....  | 6         |
| §3. Voor- en nadelen .....  | 8         |
| Afdeling 2. Bemiddeling: juridische basis.....  | 9         |
| §1. Europees: Richtlijn 2008/52 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken..... | 10        |
| §2. Nationaal: Wet 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling.....           | 13        |
| Afdeling 3. De rol van de advocaat bij de bemiddelingsprocedure .....   | 16        |
| <b>Hoofdstuk 2. De aansprakelijkheid van de advocaat .....</b>  | <b>19</b> |
| Afdeling 1. Verhouding tussen de cliënt en de advocaat .....  | 19        |
| §1. Verbintenissen advocaat .....   | 20        |
| a. Plicht tot bijstand.....   | 20        |
| b. Plicht tot voorlichting en advies .....  | 21        |
| §2. Inspannings- of resultaatsverbintenis .....   | 25        |
| Afdeling 2. Aansprakelijkheidsstelling.....   | 26        |
| §1. Voorwaarden.....  | 27        |
| a. Bewijs van opdracht en bewijs van inbreuk verbintenis.....   | 27        |
| b. Fout.....  | 28        |
| c. Schade .....   | 29        |
| d. Oorzakelijk verband .....  | 33        |
| §2. Samenloop.....  | 33        |
| §3. Verweermiddelen advocaat .....  | 37        |
| a. Contractueel beding .....  | 37        |
| b. Fout cliënt .....  | 38        |
| c. Tussenkost meerdere advocaten .....  | 39        |
| d. Overmacht.....   | 40        |
| e. Tussenkost gerechtsdeurwaarder .....   | 41        |
| Afdeling 3. Grond van de eventuele aansprakelijkheidsvordering: toetsing .....  | 41        |

|  |              |
|--|--------------|
| <b>Hoofdstuk 3. De aansprakelijkheid van de notaris.....</b>                   | <b>47</b>    |
| Afdeling 1. Verhouding tussen de cliënt en de notaris .....                    | 47           |
| §1. Verplichtingen notaris.....  | 50           |
| a. Het verlenen van authenticiteit.....  | 50           |
| b. Bijstandsverplichting .....   | 51           |
| Afdeling 2. De burgerlijke aansprakelijkheid van de notaris. ....              | 53           |
| §1. Voorwaarden.....   | 53           |
| a. Fout .....  | 53           |
| b. Schade.....   | 54           |
| c. Oorzakelijk verband .....   | 55           |
| §2. Verweermiddelen notaris .....  | 55           |
| a. Contractueel beding .....   | 55           |
| b. Notarisvennootschap.....  | 56           |
| Afdeling 3. Grond van de eventuele aansprakelijkheidsvordering: toetsing ..... | 57           |
| <b>Hoofdstuk 4. Opinie: is aansprakelijkheidsstelling wenselijk?.....</b>      | <b>61</b>    |
| <b>Conclusie .....</b>   | <b>65</b>    |
| <b>Bibliografie.....</b>   | <b>.....</b> |

## **Inleiding**

Een conflict voor een rechter brengen is vandaag de dag nog steeds de meest gekozen vorm van conflictbeslechting. Dergelijke beslechtingsvorm zal echter niet steeds tot een resultaat leiden waar de verschillende (proces)partijen zich in kunnen vinden. Het is daarom belangrijk om te zoeken naar een methode waarmee een conflict beslecht kan worden met een zo gunstig mogelijk resultaat voor alle betrokken partijen. Een voorafgaandelijke poging tot bemiddeling kan hiertoe een oplossing bieden. Deze mogelijke oplossing vloeit vooral voort uit de wezenskenmerken van de bemiddeling; daar waar een procedure voor de rechtbank de partijen met een wrang gevoel achter kan laten zal bij een bemiddelingspoging er naar gestreefd worden de partijen korter bij elkaar te brengen. De toenadering tussen de partijen is niet het enige voordeel van deze methode van geschillenbeslechting: een bemiddelingspoging zal over het algemeen ook veel minder tijd in beslag nemen dan een gerechtelijke procedure. Dit komt doordat de partijen zelf beslissen hoe snel de procedure zal verlopen gezien men hier niet gebonden is door enige termijn. Daarnaast is het ook nog eens financieel interessanter, aangezien de kosten doorgaans minder hoog liggen.

Partijen moeten zich er echter wel steeds bewust van zijn dat er naast de gerechtelijke procedures ook nog andere mogelijkheden bestaan om geschillen te beslechten, zoals bemiddeling. Wanneer we kijken naar de bemiddelingsbarometer van 2016 lijkt dit besef nog steeds te weinig aanwezig te zijn. Zo zien we dat het aantal (bekende) bemiddelingen in 2015 zeer laag lag, op ongeveer 5.000. Opmerkelijk is wel dat er een redelijk sterke toename te zien is van 17% ten opzichte van 2013. Hier dient echter wel bij opgemerkt te worden dat het aantal respondenten in beide jaren niet gelijk lag, waardoor deze cijfers een vertekend beeld kunnen geven. Uit deze enquête bleek daarnaast nog dat van de bemiddelingen die als basis dienden voor deze statistiek er ongeveer 65 tot 75% slagen.<sup>1</sup>

Gezien dit relatief hoge slaagpercentage is het dus belangrijk dat bemiddeling gestimuleerd wordt. In deze stimulans ligt dan ook een belangrijke rol vevat voor de advocaat of notaris: deze is namelijk de 'eerste rechter'. Dit omdat hij op basis van de voorliggende feiten zijn cliënt zal moeten adviseren betreffende de meest geschikte stappen die men dient te ondernemen. Bij het voorstellen van deze verschillende mogelijkheden zal hij ook de mogelijkheid tot bemiddeling in overweging moeten nemen.

Het is algemeen geweten dat advocaten en notarissen aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het niet nakomen van bepaalde verbintenissen. In dit werk zal nagegaan worden of een advocaat/notaris aansprakelijk gesteld kan worden door zijn cliënt indien deze cliënt onvoldoende gewezen werd op de mogelijkheid tot bemiddeling. Bij een positief antwoord op deze vraag zal gekeken worden of dit wenselijk is. Moest het antwoord negatief luiden dienen we ons af te vragen waarom dit zo is en of dit wel een goede zaak is, met andere woorden of het toch niet mogelijk zou moeten zijn.

De centrale vraag die dit onderzoek zal beheersen is dan ook de volgende: 'Zou een advocaat (of notaris) aansprakelijk moeten of kunnen worden gesteld indien hij zijn cliënt onvoldoende wijst op

---

<sup>1</sup> V. TILMAN en T. WIJNANT, *Bemiddelingsbarometer 2016, bMediation*, <http://www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf>, 6.



de mogelijkheid tot bemiddeling?'. Er kan echter geen afdoende antwoord gegeven worden op dergelijk omvangrijke vraag zonder eerst enkele andere vragen te beantwoorden.

Hoewel dit onderzoek zich voornamelijk toespitst op de aansprakelijkheidsstelling van de advocaat of notaris, kan er niet zonder meer voorbij worden gegaan aan het concept 'bemiddeling'. Het is namelijk belangrijk om goed in te kunnen schatten wat de kenmerken, voor- en nadelen zijn van deze vorm van geschillenbeslechting vooraleer de rol van de advocaat of de notaris in de promotie ervan besproken kan worden. Deze bespreking zal relatief uitgebreid zijn daar zowel de nationale als de Europese regelgever de laatste jaren meer en meer inzet op deze vorm van conflictoplossing. Deze evolutie vloeit voort uit het feit dat bemiddeling meer en meer aan belang wint in de hedendaagse maatschappij.

Wanneer geweten is wat bemiddeling precies is, kan er gekeken worden naar de rol van de advocaat voor en tijdens de bemiddeling. Tijdens deze studie zal er een onderscheid gemaakt worden tussen de contractuele en de buitencontractuele verhoudingen tussen de cliënt en de advocaat. Daarnaast zal er voor de contractuele verhouding ook gekeken worden naar wat voor soort verbintenissen de advocaat is aangegaan jegens zijn cliënt en voor welke handelingen hij eventueel aansprakelijk gesteld kan worden. Dit zal onder andere gebeuren door de concrete situatie van het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling te toetsen aan de voorwaarden voor aansprakelijkheidsstelling.

Vervolgens zal eenzelfde methodiek toegepast worden wat betreft de eventuele aansprakelijkheid van de notaris, waar gekeken zal worden wat voor soort verbintenissen een notaris kan aangaan met zijn cliënt en of deze cliënt hem aansprakelijk kan stellen voor bepaalde handelingen. Ook het derde hoofdstuk zal afgesloten worden door een toetsing van de gevonden voorwaarden aan de concrete onderzoeksvraag.

In een vierde en laatste hoofdstuk zullen de bevindingen uit hoofdstuk 2 en 3 geanalyseerd worden. In het geval dat een aansprakelijkheidsstelling door de cliënt mogelijk is, zal de vraag of dit gewenst is dit hoofdstuk beheersen. Moesten de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken aantonen dat een aansprakelijkheid niet mogelijk is, zullen verschillende argumenten geanalyseerd worden om te concluderen of dit een goede dan wel een slechte zaak is.

In de uiteindelijke conclusie zullen dan nog kort de belangrijkste bevindingen van dit onderzoek besproken worden.

## Hoofdstuk 1. Bemiddeling

**1. INLEIDING-** Wanneer onderzocht wordt of een advocaat/notaris aansprakelijk gesteld moet kunnen worden indien hij onvoldoende wijst op de mogelijkheid tot bemiddeling, moet het duidelijk zijn wat bemiddeling precies inhoudt. Hiertoe zullen de kenmerken, soorten en voor- en nadelen van deze vorm van geschillenbeslechting besproken worden. Verder zal er ook nog gekeken worden naar nationale en internationale regelgeving omtrent bemiddeling en de precieze rol die een advocaat kan vertolken voor en tijdens een bemiddelingsprocedure.

### **Afdeling 1. Algemeen**

**2. BEGRIPSAFBAKENING-** Het is niet eenvoudig om een definitie te geven over wat bemiddeling precies is, aangezien er geen volledige overeenstemming is over wat het is of hoe het zou moeten zijn. Er kunnen echter wel elementen onderscheiden worden die steeds terugkeren wanneer men dit begrip tracht te omschrijven.

**3. ELEMENTEN –** Allereerst dient er een geschil te bestaan tussen (minstens) twee partijen. Wanneer deze partijen bereid zijn het geschil onderling op te lossen en kiezen voor een alternatieve wijze van geschillenbeslechting, in dit geval de bemiddeling, zullen zij hun probleem voorleggen aan een onafhankelijke derde; de bemiddelaar. Het is van essentieel belang dat deze bemiddelaar over voldoende vertrouwen van beide partijen beschikt. Een gebrek aan vertrouwen in de bemiddelaar van één der partijen zal namelijk nefaste gevolgen hebben voor het verdere verloop. Gezien het de opdracht is van de bemiddelaar om de partijen tijdens het bemiddelingsproces naar een aanvaardbare oplossing te leiden door ze doorheen het volledige traject te ondersteunen, is het vertrouwensaspect van een niet te onderschatten belang. De begeleidende taak van de bemiddelaar is dan ook een van de belangrijkste kenmerken van de bemiddeling. Zijn functie is vooral ondersteunend, de partijen moeten zelf tot een oplossing komen. Vaak zal men dan ook zien dat de bemiddelaar zich slechts beperkt bezig houdt met de inhoud van het geschil en vooral begaan is met het bereiken van een oplossing en de manier waarop deze bereikt kan worden. Hij zal geen suggesties doen met betrekking tot eventuele uitwegen, aangezien de oplossing steeds uit de partijen zelf moet komen. Hij zal wel steeds oog hebben voor het behoud of herstel van de relatie tussen de partijen, zodat deze in de toekomst geen wrok koesteren jegens elkaar omwille van dit geschil.<sup>2</sup>

**4. EUROPESE DEFINITIE-** Waar er in het nationale recht vaak kleine verschillen zijn met betrekking tot de definiëring van het begrip bemiddeling, is er op Europees niveau wel een eenduidige omschrijving. Deze vinden we terug in Richtlijn 2008/52/EG van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. In artikel 3, a definieert men bemiddeling als volgt: "een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een bemiddelaar/mediator hun geschil te

---

<sup>2</sup> A. SCHNEEBALG en E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Brussel, Kluwer, 2002, 7-8; B. LA POUTRE en M. BOELRIJK, *Mediation als alternatief. Bemiddeling door hulp- en dienstverleners.*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2010, 9-20; D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 3-9; K. J. HOPT en F. STEFFEK, *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 11-17; P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 14-16.

schikken.”<sup>3</sup> Veel van de voordien besproken elementen komen terug in deze definitie. Hoewel de Belgische wetgever met de wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling reeds anticipeerde op de bemiddelingsrichtlijn, heeft men het (voorlopig) nagelaten om in het Belgische recht een eenduidige definitie te verankeren.<sup>4</sup>

**5. BEMIDDELEN VS. ONDERHANDELEN**– Zoals uit de bovenstaande omschrijvingen blijkt, heeft een bemiddeling enkele aspecten gemeenschappelijk met een onderhandeling. Beide processen staan in beginsel niet onder het toezicht van een rechter, de partijen houden de controle. Ook kunnen ze beide in principe plaatsvinden zonder tussenkomst van een advocaat. Daarnaast zijn er redelijk wat verschilpunten te vinden. Zo kan een bemiddeling ook via de gerechtelijke weg verlopen en is vertrouwelijkheid steeds vereist bij een bemiddeling. Ook de aanwezigheid van een neutrale derde is kenmerkend, aangezien we dit zelden terug zullen vinden bij een onderhandeling. In de praktijk zal men tijdens een bemiddeling echter vaak ook vaardigheden toepassen die frequent gebruikt worden tijdens een onderhandeling.<sup>5</sup>

**6. SOORTEN BEMIDDELING**– In België onderscheiden we drie soorten bemiddeling: de vrijwillige, de gerechtelijke en de vrije bemiddeling. De vrijwillige bemiddeling wordt geregeld door artikel 1730-1733 Ger. W., de gerechtelijke door artikel 1734-1737 Ger. W. De vrije bemiddeling heeft geen regeling in het Gerechtelijk Wetboek.<sup>6</sup> Om herhaling te voorkomen, zullen deze vormen later in deze masterscriptie besproken worden. (infra randnummer 34-37)

## **§1. Kenmerken**

**7. BELANG**– Aangezien partijen veelal (potentiële) conflicten niet onderling kunnen oplossen en een gerechtelijke procedure geen oplossing kan bieden voor emotionele conflicten, mag het belang van bemiddeling niet onderschat worden.<sup>7</sup> Bemiddeling kan voor dergelijke conflicten een goede oplossing aanreiken, aangezien er sterk ingezet wordt op de verhoudingen tussen de partijen. Zo zal men onder andere trachten de communicatie tussen de partijen te herstellen wanneer de situatie hier om vraagt.<sup>8</sup> De belangrijkste kenmerken van het bemiddelingsproces zullen hieronder besproken worden.

**8. VRIJWILLIG**– Omdat het belangrijk is dat de partijen ten volle meewerken gedurende de bemiddeling, is één van zijn voornaamste kenmerken dat de partijen er geheel vrijwillig aan deelnemen. De partijen stemmen er dus ongedwongen mee in om het bemiddelingsproces op te starten onder begeleiding van een bemiddelaar. Deze vrijwilligheid heeft echter niet alleen betrekking

---

<sup>3</sup> Artikel 3, a Richtlijn 2008/52/EG van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. (hierna: Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.)

<sup>4</sup> Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *BS* 22 maart 2005, 12772.

<sup>5</sup> D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 22.

<sup>6</sup> P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 17.

<sup>7</sup> A.F.M. BRENNINKMEIJER e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, 10-13; D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 3;

V. LESSELIERS, *De notaris en bemiddeling: 10 jaar later*, *Not. Fisc. M.*, 2009, nr. 7, 278.

<sup>8</sup> B. LA POUTRE en M. BOELRIJK, *Mediation als alternatief. Bemiddeling door hulp- en dienstverleners.*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2010, 9-20.

op het opstarten van de bemiddeling, ze blijft gelden gedurende het volledige bemiddelingsproces. Hierdoor is een partij dus steeds vrij om de bemiddeling stop te zetten wanneer ze dit wenst. Het kan dan ook een uitdaging zijn voor de bemiddelaar om het geloof in de bemiddeling van de partijen staande te houden gedurende het volledige proces.<sup>9</sup> In het Belgisch recht vinden we een bepaling terug die men zou kunnen zien als uitzondering op dit principe van vrijwilligheid. Zo stelt artikel 1725 Gerechtelijk Wetboek (Ger. W.) dat men de verplichting heeft een bemiddeling aan te vatten wanneer er een conflict ontstaat uit een overeenkomst die een bemiddelingsbeding bevatte. Uit deze bepaling kan men echter niet afleiden dat daarom de bemiddeling ook succesvol afgerond zou moeten worden, wat impliceert dat het kenmerk van de vrijwilligheid zelfs in dergelijke situatie niet helemaal van de baan is.<sup>10</sup>

**9. VERTROUWELIJK**– Naast de vrijwilligheid van de bemiddeling is ook de vertrouwelijkheid een belangrijk kenmerk. Voor een goed verloop is het belangrijk dat alles waar in het kader van de bemiddeling over gesproken wordt, vertrouwelijk blijft. Dit houdt in dat wanneer de bemiddeling zou mislukken een partij zich voor de rechter niet mag beroepen op dingen die aangehaald werden door de andere partij tijdens de bemiddelingspoging. Deze vertrouwelijkheid werkt dan ook samen met het vorige kenmerk: de vrijwilligheid. Partijen zullen namelijk sneller geneigd zijn om bemiddeling een kans te geven en er vrijwillig aan mee te werken wanneer ze vrij alles kunnen vertellen, zonder dat dit in geval van een mislukte bemiddeling nefaste gevolgen zou kunnen hebben. De verplichting tot vertrouwelijkheid kan bij voorkeur opgenomen worden in het akkoord tot bemiddeling, om de partijen een schriftelijke bevestiging te geven van dit principe. Het beginsel van vertrouwelijkheid is echter ook terug te vinden in artikel 7 van de Europese Bemiddelingsrichtlijn en in artikel 1728 Ger. W.<sup>11</sup> (infra randnummer 27)

**10. NEUTRALE DERDE**– Zoals reeds bij de elementen van bemiddeling besproken werd, staat de bemiddeling onder leiding van een neutrale derde. Gezien het belang van zijn rol zal hier later uitgebreider aandacht aan besteed worden. (infra randnummer 13-19)

**11. PARTIJAUTONOMIE**– De partijen bij een bemiddeling houden zelf de macht over hun geschil, terwijl men deze bij een gerechtelijke procedure in de handen van een rechter legt. Het is echter niet zo dat men zich bij een bemiddeling steeds volledig onttrekt aan de invloed van de rechter. We denken hierbij onder meer aan de homologatie van een bemiddelingsakkoord of de doorverwijzing naar bemiddeling door een rechter.<sup>12</sup> Artikel 1733, tweede lid Ger. W. stelt met betrekking tot de homologatie van een akkoord het volgende:

---

<sup>9</sup> A.F.M. BRENNINKMEIJER e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, 20-21.

<sup>10</sup> Artikel 1725 Gerechtelijk Wetboek.

<sup>11</sup> A.F.M. BRENNINKMEIJER e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, 21;

D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 312 & 342-344; P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 58-59.

<sup>12</sup> B. LA POUTRE en M. BOELRIJK, *Mediation als alternatief. Bemiddeling door hulp- en dienstverleners.*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2010, 7-8.

*'De rechter kan de homologatie van het akkoord alleen weigeren indien het strijdig is met de openbare orde of indien het akkoord dat werd bereikt na een bemiddeling in familiezaken strijdig is met de belangen van de minderjarige kinderen.'*<sup>13</sup>

Het is dus duidelijk dat de macht van de rechter bij de homologatie van een akkoord slechts gering is, aangezien hij het slechts kan weigeren in welbepaalde gevallen.

**12. ANDERE KENMERKEN**– Naast de voorgaande eigenschappen, die men kan zien als de voornaamste, zijn er nog andere elementen die bemiddeling kenmerken. Zo moet er steeds aandacht zijn voor de machtsposities van de partijen. Indien de machtsbalans te onevenwichtig is, zal men deze moeten proberen bij te sturen gedurende het bemiddelingsproces. Dit zou anders kunnen leiden tot een onevenwichtig resultaat, als de bemiddeling al succesvol zou zijn. Het is dan ook van belang om steeds oog te hebben voor de belangen en emoties van alle betrokken partijen en het wederzijdse begrip tussen hen te vergroten. Het vergroten van dit wederzijds begrip kan een belangrijke stap zijn tot het herstellen van de relatie tussen de partijen.

Als laatste dient er nog op gewezen te worden dat een bemiddeling de mogelijkheid biedt aan de partijen om tot een unieke oplossing te komen. Wanneer men tijdens een gerechtelijke procedure de regels nauwgezet toepast om tot een oplossing te komen kan dit een onrechtvaardigheidsgevoel veroorzaken bij de partijen. Tijdens een bemiddeling kan er meer rekening gehouden worden met hun specifieke behoeftes. Hierdoor neemt de kans op een gevoel van onrechtvaardigheid af. Bij het uitwerken van een oplossing tijdens de bemiddeling dienen de partijen slechts rekening te houden met de regels van openbare orde en in familiezaken eventueel met de belangen van hun (minderjarige) kinderen.<sup>14</sup>

## **§2. De bemiddelaar**

**13. ALGEMEEN**– Hoewel de partijen steeds de sleutel van het conflict in handen houden en hun volledige medewerking cruciaal is voor het slagen van een bemiddeling, mag men de rol van de bemiddelaar gedurende dergelijk proces niet onderschatten. De kenmerken waarover hij dient te beschikken om de bemiddeling een zo groot mogelijke kans op slagen te bieden zullen hieronder besproken worden.

**14. NEUTRAAL**– Zoals reeds eerder gesteld werd (supra randnummer 10) is één van de belangrijkste kenmerken van de bemiddelaar dat hij zich steeds neutraal gedraagt. Opdat hij zijn neutraliteit kan bewaren, is het belangrijk dat hij op geen enkel moment een schijn van partijdigheid laat blijken. Het zal dan ook niet tot zijn takenpakket behoren om zelf oplossingen aan te bieden, aangezien hij er net moet voor zorgen dat de aangereikte oplossing van uit de partijen zelf komt. Een oplossing waar de partijen zelf toe gekomen zijn zal in het algemeen over een groter draagvlak bij beide partijen beschikken, waardoor het dan ook waarschijnlijker is dat de partijen globaal genomen een beter gevoel overhouden aan deze uitkomst. Dit in tegenstelling tot een gerechtelijke procedure

---

<sup>13</sup> Artikel 1733, tweede lid Gerechtelijk Wetboek.

<sup>14</sup> Artikel 1733, tweede lid Gerechtelijk Wetboek; C. JACOBS, "Doen we het of doen we het niet? Een conceptuele analyse van de voor- en nadelen van bemiddeling." in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 76; D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 85.

waarbij het veelal draait om 'het gelijk krijgen' van één partij. Het verschil tussen een bemiddeling en een gerechtelijke procedure zit er dan ook onder andere in dat men bij een bemiddeling zal trachten het geschil op te lossen, waar een gerechtelijke procedure het geschil slechts zal beslechten.<sup>15</sup>

**15. MEERZIJDIGE PARTIJDIGHEID**– In veel (moeilijke) bemiddelingen zal de rol van de bemiddelaar van groot belang zijn, omdat de weg richting een succesvolle bemiddeling niet steeds evident is. De bemiddelaar moet steeds onafhankelijk en onpartijdig zijn, maar moet zich tegelijkertijd ook kunnen verplaatsen in de rol van de partijen om hun emoties, verlangens en belangen bloot te kunnen leggen. Dit noemt men ook wel eens *meerzijdige partijdigheid*.

**16. COMMUNICATIE**– Om te kunnen spreken van een succesvolle bemiddeling is de communicatie tussen de bemiddelaar en de partijen en de partijen onderling van groot belang. Een verstoorde communicatie tussen de conflictpartijen kan namelijk net één van de oorzaken zijn van het conflict. Daarnaast is het herstellen van de communicatie tussen de partijen ook net één van de sterke punten van de bemiddeling.<sup>16</sup>

**17. RECHTSTREEKSE COMMUNICATIE**– Enerzijds kan de communicatie tussen de partijen rechtstreeks verlopen. In dit geval gaan de partijen dus tegenover elkaar zitten en communiceren ze met elkaar onder leiding van de bemiddelaar. Tijdens deze rechtstreekse communicatie bestaat de taak van de bemiddelaar er dan ook in om alles in goede banen te leiden door er onder meer voor te zorgen dat alle partijen voldoende hun zeg kunnen doen. Ze hoeven echter niet even vaak aan het woord te zijn, het is de taak van de bemiddelaar om in te grijpen wanneer de balans te zeer naar één zijde helt.

In sommige gevallen kan het nuttig zijn voor de bemiddelaar sommige uitspraken van de partijen te 'reframen' of herformuleren. Op deze manier kunnen dingen die gezegd worden tijdens het gesprek neutraler weergegeven worden. Men mag echter ook niet in extremen vervallen en de lading compleet anders weergeven dan dat ze gesteld werd door de betrokken partij. Indien men dit zou doen kan deze zich mogelijk benadeeld voelen en beginnen twijfelen aan de neutraliteit van de bemiddelaar.

Het matigen van bepaalde uitspraken is evenwel niet het enige voordeel van het herformuleren. Wanneer de bemiddelaar dit doet kan het immers ook helpen om bepaalde positieve - eventueel gemeenschappelijke - elementen extra in de verf te zetten om zo de relatie tussen de partijen langzaam te versterken. Gezien het belang van de relatie tussen de partijen tijdens (en na) de bemiddeling geniet rechtstreekse communicatie dus steeds de voorkeur.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> A. BRIDOUX, *Les écrits en médiation selon le code judiciaire*, Brussel, Larcier, 2011, 25; B. GAYSE, "Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag.", *RW* 2005, nr. 107, 13 april 2005, 436; B. LA POUTRE en M. BOELRIJK, *Mediation als alternatief. Bemiddeling door hulp- en dienstverleners*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2010, 84; D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 91-97.

<sup>16</sup> H. VAN HOUTTE, "Mediatie. Is het gras altijd groener aan de andere kant van den heuvel?", in J. VAN DEN HEUVEL, *Liber Amicorum*, Kluwer, Antwerpen, 1999, 234-236.

<sup>17</sup> D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 161-174.

**18. ONRECHTSTREEKSE COMMUNICATIE**– In sommige gevallen is het echter niet van bij de start mogelijk om de partijen tegenover elkaar te zetten, bijvoorbeeld omdat het over een gevoelige materie gaat. Wanneer deze situatie zich voordoet, is het vanzelfsprekend dat ook de taak van de bemiddelaar anders zal zijn. Hier zal de bemiddelaar gebruik kunnen maken van een *caucus*; een afzonderlijk gesprek met één van de betrokken partijen. Wanneer de bemiddelaar echter aanvoelt dat het noodzakelijk is om één van de partijen afzonderlijk te spreken en dus meer als tussenpersoon te fungeren, zal hij echter ook met de andere betrokkene(n) afzonderlijk moeten spreken om zijn neutraliteit niet in het gedrang te brengen.<sup>18</sup>

**19. OVERIGE TAKEN**– Naast alle voorgaande taken is er voor de bemiddelaar ook een geheimhoudingsplicht van kracht. Deze vinden we terug in artikel 1728 Ger. W.<sup>19</sup> Wanneer de bemiddelaar het nalaat om deze plicht te respecteren, kan dit aanleiding geven tot schadevergoeding of kan hij zelfs op basis van artikel 458 Strafwetboek een gevangenisstraf opgelegd krijgen.<sup>20</sup>

### **§3. Voor- en nadelen**

**20. INLEIDING**– Enkele voordelen van bemiddeling kwamen reeds eerder aan bod, veelal omdat ze kenmerkend zijn voor bemiddeling. We denken hierbij aan de vertrouwelijkheid van het proces, maar ook aan de aanwezigheid van een neutrale derde die het bemiddelingsproces zal sturen. Ondanks de aanwezigheid van deze derde blijven de partijen echter zelf de macht houden over hun conflict. Ook het herstellen van de relatie tussen de partijen naar de toekomst toe is één van de voordelen van deze vorm van geschillenbeslechting. Deze voordelen zijn voorheen reeds uitgebreid aan bod gekomen en zullen in dit onderdeel niet meer specifiek uitgewerkt worden om herhaling te voorkomen.

**21. VOORDELEN**– Naast de eerder besproken voordelen heeft een bemiddeling ook nog het voordeel dat het een relatief goedkope vorm van geschillenbeslechting is, zeker in vergelijking met een gerechtelijke procedure.<sup>21</sup> Een exacte kost bepalen is moeilijk aangezien dit afhankelijk is van de duurtijd van de bemiddeling en de aard van het geschil, maar in het algemeen varieert het uurloon van een bemiddelaar van 50€ tot 150€ (excl. BTW).<sup>22</sup> Hierbij dient opgemerkt te worden dat deze kost door de partijen samen gedragen dient te worden, het betreft hier dus niet de kostprijs per partij. Zelfs indien de partijen wensen om advocaten te raadplegen blijft de bemiddeling in het algemeen goedkoper dan een gerechtelijke procedure.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> H. DE BACKER, "De rol van de advocaat bij bemiddeling" in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 247; D. VAN DEN GEHUCHTE, "Enkele tips voor de Koninklijke bemiddelaars", *Juristenkrant* 2010, nr. 214, 14.

<sup>19</sup> Artikel 1728 Gerechtelijk Wetboek.

<sup>20</sup> Artikel 458 Strafwetboek; G. MICHEL, J. PROESMANS, F. VAN DE PUTTE e.a., *La médiation civile et commerciale: actes du colloque du 21 janvier 2000*, Brugge, La Charte, 2000, 11; P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 60-61.

<sup>21</sup> G. MICHEL, J. PROESMANS, F. VAN DE PUTTE e.a., *La médiation civile et commerciale: actes du colloque du 21 janvier 2000*, Brugge, La Charte, 2000, 4-5.

<sup>22</sup> V. TILMAN en T. WIJNANT, *Bemiddelingsbarometer 2016, bMediation*, <http://www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf>, 12.

<sup>23</sup> L. GOOVAERTS, S. THIELEMANS, C. ROBBE en P. PEERENS, *Hoe topbemiddelaar worden? Handleiding voor een nieuw beroep*, Brussel, Auxis, 2006, 36-37.

Naast de lagere financiële last op de partijen zal een bemiddeling veelal ook veel minder tijd vergen dan een gerechtelijke procedure, die door allerlei manoeuvres van de procespartijen en de gerechtelijke achterstand jarenlang kan aanslepen. Wanneer we de gemiddelde duurtijd van een bemiddeling bestuderen zien we een immens verschil: deze duurt gemiddeld slechts 88 dagen. Tijdens deze periode zijn er gemiddeld slechts 12 contacturen nodig tussen de bemiddelaar en de partijen om het geschil op te lossen.<sup>24</sup>

**22. NADELEN**– Na al het voorgaande zou men de indruk kunnen krijgen dat er aan een bemiddeling geen nadelen verbonden zijn. Hoewel er slechts weinig nadelen zijn, is het toch niet onbelangrijk om er even bij stil te staan. Zo is één van de grootste nadelen dat er geen zekerheid is dat er een beslissing genomen zal worden. Ondanks de mogelijke aanwezigheid van veel goede intenties bij het opstarten van de bemiddeling, bestaat er steeds de mogelijkheid dat deze niet succesvol afgerond kan worden, om welke reden dan ook. De duurtijd van een gerechtelijke procedure mag dan wel (veel) langer zijn, bij dergelijke procedure heeft men wel de zekerheid dat het geschil opgelost – of op zijn minst beslecht - zal worden.<sup>25</sup>

Een ander nadeel kan zijn dat niet elke zaak geschikt is om onderworpen te worden aan bemiddeling. Bij sommige geschillen (bijvoorbeeld zedendelicten) kan zelfs het opstarten van een bemiddeling zeer problematisch zijn, aangezien er steeds gerekend dient te worden op de vrijwillige deelname van zowel dader als slachtoffer. De vrijwilligheid van de bemiddeling kan dus zowel een sterkte als een zwakte zijn van deze vorm van geschillenbeslechting.

## **Afdeling 2. Bemiddeling: juridische basis**

**23. INLEIDING**– In het begin van de 21<sup>ste</sup> eeuw hebben zowel de nationale als de supranationale wetgever niet stil gezeten aangaande het hoofdstuk van de alternatieve geschillenbeslechting. Het werd meer en meer een doel om buitengerechtelijk geschiloplossing te promoten. Gezien de vele voordelen van bemiddeling (supra randnummer 21), waaronder de korte duur van dergelijke procedure, is het niet onlogisch dat men vooral ingezet heeft op het promoten van deze alternatieve vorm van geschillenbeslechting.<sup>26</sup> Een onderliggend motief voor het promoten van de bemiddeling was waarschijnlijk ook het verkleinen of wegwerken van de gerechtelijke achterstand.<sup>27</sup> Hoewel de Belgische wetgever de Europese wetgever te snel af was met zijn wet van 21 februari 2005 waarmee hij deel VII van het Gerechtelijk Wetboek invoerde, zal eerst Richtlijn 2008/52/EG betreffende

---

<sup>24</sup> V. TILMAN en T. WIJNANT, *Bemiddelingsbarometer 2016, bMediation*, <http://www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf>, 11.

<sup>25</sup> D. SPENCER en M. C. BROGAN, *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 120-125.

<sup>26</sup> P. Taelman, "Bemiddeling: quo vadis? Inleidende beschouwingen bij een colloquium?" in B. ALLEMEERSCH, B. GAYSE, P. SCHOLLEN, P. Taelman en P. VAN ORSHOVEN, *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2005, 1-9.

<sup>27</sup> B. ALLEMEERSCH, "Een geactualiseerde inleiding tot de bemiddelingswet" in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 22-23.



bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna: bemiddelingsrichtlijn) besproken worden.<sup>28</sup>

## **§1. Europees: Richtlijn 2008/52 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken**

**24. PREAMBULE**– Met de invoering van deze richtlijn wenste het Europees Parlement en de Europese Raad te zorgen voor een betere toegang tot de rechtspleging in de lidstaten, meer bepaald met betrekking tot burgerlijke en handelszaken met een grensoverschrijdend karakter. Bemiddeling is hiertoe een geschikt medium, aangezien het toegespitst is op de behoeften van de partijen en een kosteneffectieve en snelle beslechting van geschillen mogelijk maakt.<sup>29</sup> Bij gebreke aan een juridische afbakening voor deze vorm van geschillenbeslechting drong deze kaderregelgeving zich op, zodat de partijen die een beroep wensen te doen op bemiddeling een voorspelbaar juridisch kader ter beschikking hebben.<sup>30</sup> In feite was het doel voornamelijk om bemiddeling te promoten in grensoverschrijdende gevallen om de werking van de interne markt te waarborgen, maar het staat de lidstaten vrij om de bepalingen van deze richtlijn ook toe te passen op hun interne bemiddelingsprocedures.<sup>31</sup> Deze richtlijn laat bestaande nationale wetgeving met betrekking tot bemiddeling dan ook onverlet, zolang deze geen belemmering vormt voor de toegang tot de rechtspleging.<sup>32</sup>

**25. DOEL**– Zoals reeds gesteld werd in de preambule, zien we in artikel 1 van deze richtlijn dat ze ertoe strekt de toegang tot de alternatieve geschillenbeslechting te vergemakkelijken en aan te moedigen. Het toepassingsgebied wordt in ditzelfde artikel echter beperkt tot grensoverschrijdende burgerlijke- en handelsgeschillen.<sup>33</sup> In beginsel is Richtlijn 2008/52 slechts van toepassing op grensoverschrijdende situaties, maar gezien de Belgische wetgever zijn toepassingsgebied niet beperkt heeft tot dergelijke situaties zou het in het kader van deze masterscriptie geen toegevoegde waarde hebben om in te gaan op de definitie van 'grensoverschrijdende geschillen'. Een verwijzing naar artikel 2 van de Richtlijn volstaat dan ook in deze.<sup>34</sup>

**26. DEFINITIE BEMIDDELING**– Vanwege het doel tot het promoten van alternatieve geschillenbeslechting, meer bepaald bemiddeling, was het aangewezen om een omschrijving aan te reiken van wat bemiddeling precies is. Zoals reeds eerder aangehaald werd (supra randnummer 4) werd dit dan ook gedaan in artikel 3(a) Richtlijn 2008/52. In het kader van deze richtlijn is bemiddeling:

*'een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een bemiddelaar/mediator hun*

---

<sup>28</sup> Bemiddelingsrichtlijn 2008/52; Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling.

<sup>29</sup> Preambule 6 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>30</sup> Preambule 7 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>31</sup> Preambule 8 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>32</sup> Preambule 14 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>33</sup> Artikel 1 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>34</sup> Artikel 2 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52; E.J.M. BEUKERING en P.C. VAN SCHELVEN, *De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in het Nederlandse recht: juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag, Boom Lemma uitgevers, 2013, 20-21.

*geschil te schikken. Deze procedure kan door de partijen worden ingeleid of door een rechterlijke instantie worden voorgesteld of gelast, dan wel in een lidstaat wettelijk zijn voorgeschreven.*<sup>35</sup>

In deze definitie zien we opnieuw dat vrijwilligheid een zeer belangrijke factor is om te kunnen spreken van een bemiddeling. Dit blijkt onder meer ook uit considerans 13 van de Richtlijn.<sup>36</sup> Opmerkelijk is dat men spreekt van een gestructureerde procedure. Men mag dit structureren van de procedure namelijk niet te ver door drijven, vermits de flexibiliteit van de bemiddeling behouden dient te worden. Dit is immers één van de sterke punten van deze alternatieve vorm van geschillenbeslechting.<sup>37</sup>

**27. VERTROUWELIJKHEIDSBEGINSEL**– Met artikel 7 van de Richtlijn werd er een juridische basis gecreëerd voor het vertrouwensbeginsel. Dit artikel stelt dat lidstaten er op moeten toezien dat niemand die betrokken is bij de bemiddeling, dus noch de bemiddelaar noch een ander betrokken persoon, verplicht kan worden om getuigenissen af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met de bemiddelingsprocedure.<sup>38</sup> Dit is echter geen absoluut verbod, doordat de partijen hier van af kunnen wijken indien ze dit wensen. Daarnaast kunnen we in artikel 7(1), a en b twee verschoningsgronden terugvinden. Deze stellen dat de betrokken personen de vertrouwelijkheid niet dienen na te leven:

*a) voor zover dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde van de betrokken lidstaat, met name indien dit nodig is om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of*

*b) indien openbaarmaking van de inhoud van de via bemiddeling/ mediation bereikte overeenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging van de overeenkomst.*<sup>39</sup>

Het is wel van belang om hierbij het beperkte toepassingsgebied van deze richtlijn in herinnering te brengen. Daarnaast zullen de verschoningsgronden niet van toepassing zijn op de conflictpartijen zelf.<sup>40</sup>

**28. ANDERE RELEVANTE BEPALINGEN**– Een andere relevante bepaling vinden we terug in artikel 8 van de Richtlijn. Dit artikel voorziet in de plicht voor de lidstaten om er voor te zorgen dat de partijen die

---

<sup>35</sup> Artikel 3, a Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>36</sup> Preambule 13 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

E.J.M. BEUKERING en P.C. VAN SCHELVEN, *De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in het Nederlandse recht: juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag, Boom Lemma uitgevers, 2013, 24.

<sup>37</sup> E.J.M. BEUKERING en P.C. VAN SCHELVEN, *De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in het Nederlandse recht: juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag, Boom Lemma uitgevers, 2013, 25.

<sup>38</sup> Artikel 7 (1) Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>39</sup> Artikel 7 (1), a en b Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>40</sup> E.J.M. BEUKERING en P.C. VAN SCHELVEN, *De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in het Nederlandse recht: juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag, Boom Lemma uitgevers, 2013, 53-54.

bemiddeling een kans willen geven nadien hier geen nadeel van mogen ondervinden. Dit slaat op de verjaringstermijnen die gelden wanneer men toch nog een gerechtelijke procedure zou willen opstarten. De lidstaten dienen er dus voor te zorgen dat de verjaringstermijn niet kan verstrijken tijdens de bemiddelingsprocedure.<sup>41</sup>

Een laatste bepaling die aandacht verdient in dit kader is artikel 9 van de Richtlijn. Krachtens dit artikel dienen de lidstaten 'op een wijze die zij passend achten' er voor te zorgen dat men het grote publiek op voldoende manieren inlicht over de mogelijkheid tot bemiddeling, onder meer door het uitwerken van internetsites. Het grote publiek moet dus relatief gemakkelijk in contact kunnen treden met bemiddelaars en organisaties die bemiddeling aanbieden.<sup>42</sup>

**29. HERZIENING VAN DE RICHTLIJN**– Een van de laatste bepalingen die opgenomen is in deze Richtlijn, met name artikel 11, stelt dat de Commissie uiterlijk op 21 mei 2016 verslag uit dient te brengen over de toepassing van deze Richtlijn. Het finale verslag werd dan ook ingeleverd op 16 maart 2016.<sup>43</sup> De Commissie concludeerde hierin dat de bemiddelingsrichtlijn een significante impact heeft gehad op de wetgeving in de verschillende lidstaten. Waar er nog geen wetgevend kader was voor bemiddeling was de Richtlijn een goede trigger om een wetgevend kader op poten te zetten. In lidstaten waar er een verspreid systeem was of waar bemiddeling in de private sector vooral gebaseerd was op zelfregulering, hielp de omzetting van de Richtlijn om de bestaande regels te verbeteren. Waar er al een degelijk systeem op poten stond kon de Richtlijn geen verbeteringen meer aanbrengen.<sup>44</sup>

**30. VERSLAG COMMISSIE: PROBLEMEN**– Het is duidelijk dat de Richtlijn ertoe bijgedragen heeft de lidstaten de voordelen van bemiddeling in te laten zien. De omvang van de impact van deze Richtlijn op de nationale regelgevingen is afhankelijk van het vooraf bestaande kader dat eventueel aanwezig was in een bepaalde lidstaat. Ondanks het goede kader dat deze Richtlijn bood aan de lidstaten, zorgde de toepassing van de principes in de praktijk toch voor verschillende problemen. Deze problemen hebben echter veelal te maken met de tradities in de lidstaten en de lage bewustheidsgraad van de mogelijkheid om geschillen te beslechten buiten de 'standaard' gerechtelijke procedure.<sup>45</sup>

**31. VERSLAG COMMISSIE: AANBEVELINGEN**– De Commissie stelde in zijn verslag niet enkel bepaalde problemen vast, ze deed ook aanbevelingen over hoe deze problemen aangepakt zouden kunnen worden. De eerste aanbeveling van de Commissie bestaat erin dat de lidstaten meer moeten

---

<sup>41</sup> Artikel 8 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>42</sup> Artikel 9 Bemiddelingsrichtlijn 2008/52.

<sup>43</sup> Europese Commissie, Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – 'The Mediation Directive', [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335), 2016.

<sup>44</sup> Europese Commissie, Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – 'The Mediation Directive', [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335), 2016, 78.

<sup>45</sup> Europese Commissie, Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – 'The Mediation Directive', [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335), 2016, 78-80; Europese Commissie, COM (2016) 542 final: Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Directive 2008/52/EC, [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/act\\_part1\\_adopted\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/act_part1_adopted_en.pdf), 2016, 11.

samenwerken op het vlak van gegevensuitwisseling. Eerst en vooral kan het leerrijk zijn voor lidstaten om op nationaal niveau onderzoek te doen naar bemiddeling, om dit daarna dan door te koppelen naar de andere lidstaten. Bepaalde problematieken die men tegenkomt bij dergelijk onderzoek zouden namelijk gelijkaardig kunnen zijn. Men moet echter niet enkel aandacht hebben voor de zwakkere punten in de nationale stelsels, ook de doorkoppeling van sterke punten van de bemiddeling in elk lidstaat zou andere lidstaten kunnen helpen om hun aanpak te verbeteren.<sup>46</sup>

Daarnaast raadt de Commissie ook aan om bemiddeling niet enkel aan te prijzen aan het grote publiek, maar vooral aan de juridische beroepen. Zo zou men onder andere de verplichting kunnen opleggen aan bepaalde beroepen om hun cliënt te wijzen op de mogelijkheid tot en de voordelen van bemiddeling. Een andere mogelijkheid is dat voorafgaand aan een gerechtelijke procedure er eerst een soort van voorafgaandelijk onderzoek plaats dient te vinden om te onderzoeken of bemiddeling mogelijk is voor het conflict dat men aanhangig wenst te maken.<sup>47</sup>

## **§2. Nationaal: Wet 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling**

**32. VOORTREKKERSROL**– Reeds voor de invoering van Richtlijn 2008/52 door de Europese wetgever voldeed de Belgische wetgever aan de minimumvereisten van bemiddeling. Op dit vlak vertolkte België met de wet van 21 februari 2005 dus een voortrekkersrol.<sup>48</sup> In de volgende paragrafen zullen de ingevoegde bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek geanalyseerd worden. Tijdens deze analyse zal gekeken worden of de bestaande wet een bepaling bevat waarop een eventuele aansprakelijkheidsclaim tegen de advocaat of notaris gebaseerd kan worden.

**33. TOEPASSINGSGBIED**– Waar de bemiddelingsrichtlijn slechts van toepassing is op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, is het toepassingsgebied van de Belgische regelgeving wat ruimer. Zo is het eerst en vooral niet noodzakelijk dat er een grensoverschrijdend element aanwezig is, ook geschillen die zich louter op het Belgische grondgebied afspelen kunnen voorgelegd worden ter bemiddeling. Dit wel onder de voorwaarde dat het geschil betrekking heeft op familiale, burgerlijke, commerciële of sociale zaken.<sup>49</sup>

**34. SOORTEN BEMIDDELING**– Bij de algemene bespreking van het begrip bemiddeling werd er al gesteld dat er verschillende soorten bemiddeling zijn. In België onderscheiden we er over het algemeen 3: de vrijwillige bemiddeling, de gerechtelijke bemiddeling en de vrije bemiddeling. De eerste twee

---

<sup>46</sup> Europese Commissie, Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – ‘The Mediation Directive’, [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335), 2016, 80.

<sup>47</sup> Europese Commissie, Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – ‘The Mediation Directive’, [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335), 2016, 80.

<sup>48</sup> M. EUWEMA, K. BOLLEN en S. PRINS, “Mediation in België en Nederland: een wereld van verschil?” in G. FREKS, T. JONGBLOED, S. KALFF, L. POTTERS, F. SCHONEWILLE en M. UITSLAG, *Mediation is volwassen! Actuele toepassingen en ontwikkelingen*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 131; V. LESSELIERS, *De notaris en bemiddeling: 10 jaar later*, *Not. Fisc. M.*, 2009, nr. 7, 278.

<sup>49</sup> Artikel 1724 Gerechtelijk Wetboek; A. BRIDOUX, *Les écrits en médiation selon le code judiciaire*, Brussel, Larcier, 2011, 25.

soorten hebben een wettelijke basis in het Gerechtelijk Wetboek, voor de vrije bemiddeling is er geen specifieke regeling uitgewerkt.

**35. VRIJWILLIGE BEMIDDELING**– De eerste vorm van bemiddeling die we terugvinden in deel VII van het Gerechtelijk Wetboek is de vrijwillige bemiddeling. Artikel 1730 Ger. W. stelt dan ook dat elke partij op elk moment aan de andere partij mag voorstellen om een beroep te doen op de bemiddelingsprocedure. Indien de andere partij hiermee instemt, wijzen de partijen in onderlinge overeenstemming een bemiddelaar aan of belasten ze een derde met de aanwijzing van een bemiddelaar.<sup>50</sup> Bij het opstarten van de bemiddeling stellen de partijen een bemiddelingsprotocol op waarin ze de regels en de duur van de bemiddeling opnemen. Bij gebrek aan andersluidend beding zullen de kosten van de bemiddelingsprocedure gelijk ten laste van de betrokken partijen komen te liggen. De andere bepalingen die dergelijk protocol dient te bevatten vinden we terug in artikel 1731 Ger. W.<sup>51</sup>

Wanneer de partijen de vrijwillige bemiddeling succesvol afsluiten stellen ze een bemiddelingsakkoord op. Dit akkoord dient de precieze verbintenissen van de partijen te bevatten en ondertekend te worden door de partijen en de bemiddelaar.<sup>52</sup> Indien de bemiddelaar die de bemiddeling leidde een erkende bemiddelaar is, kan men het akkoord aan de rechter voorleggen ter homologatie.<sup>53</sup> Zoals reeds eerder gesteld werd, kan de rechter de homologatie slechts in welbepaalde gevallen weigeren. (supra randnummer 11-12)

Uit artikel 1730, §2 Ger. W. blijkt dat de wetgever getracht heeft de bemiddeling zo aantrekkelijk mogelijk te maken als alternatief voor de gerechtelijke procedure. Dit stelt dat wanneer men ervoor kiest om het bemiddelingsvoorstel te verzenden per aangetekende brief en dit voorstel een aanspraak op een recht bevat, dit gelijkgesteld wordt aan een ingebrekestelling. Dit brengt met zich mee dat de gerechtelijke interessen beginnen te lopen.<sup>54</sup> Een ander gevolg van dergelijk bemiddelingsvoorstel is dat het de verjaring van de aan het recht verbonden vordering voor één maand schorst.<sup>55</sup> Als dit bemiddelingsvoorstel zou leiden tot het opstellen van een bemiddelingsprotocol zal de ondertekening van dit protocol een schorsing van de verjaringstermijn voor de volledige duur van de bemiddeling tot gevolg hebben.<sup>56</sup> De partijen hebben tussen het bemiddelingsvoorstel en het opstellen van het bemiddelingsprotocol dus één maand de tijd vooraleer de verjaringstermijn terug begint te lopen.

**36. GERECHTELIJKE BEMIDDELING**– De gerechtelijke bemiddeling wordt bepaald in artikel 1734 Gerechtelijk Wetboek. Krachtens dit artikel kan de rechtbank –uitgezonderd het Hof van Cassatie en de arrondissementsrechtbank- in iedere stand van het geding, zelfs in kort geding, een bemiddeling

---

<sup>50</sup> Artikel 1730 Gerechtelijk Wetboek.

<sup>51</sup> Artikel 1731 Gerechtelijk Wetboek; A. BRIDOUX, *Les écrits en médiation selon le code judiciaire*, Brussel, Larcier, 2011, 27-28.

<sup>52</sup> Artikel 1732 Gerechtelijk Wetboek.

<sup>53</sup> Artikel 1733 Gerechtelijk Wetboek.

<sup>54</sup> Artikel 1730, §2 Gerechtelijk Wetboek; Artikel 1153 Burgerlijk Wetboek, BS 18 september 1807 (hierna Burgerlijk Wetboek); J. CRUYPLANTS, M. GONDA, M. WAGEMANS, P. MARTENS en S. BENSIMON, *Droit et pratique de la médiation*, Brussel, Bruylant, 2008, 62-63.

<sup>55</sup> Artikel 1730 §3 Gerechtelijk Wetboek; J. CRUYPLANTS, M. GONDA, M. WAGEMANS, P. MARTENS en S. BENSIMON, *Droit et pratique de la médiation*, Brussel, Bruylant, 2008, 63-64.

<sup>56</sup> Artikel 1731, §3 Gerechtelijk Wetboek.

bevelen. Dit bevel kan door de rechter gegeven worden zolang de zaak niet in beraad is genomen.<sup>57</sup> Het kenmerk van de vrijwilligheid blijft hier echter ook gelden, aangezien de rechter een bemiddelingspoging slechts kan bevelen wanneer de partijen hier om verzoeken of wanneer de partijen hiermee instemmen nadat de rechter hen deze mogelijkheid aanbood.

Een van de kenmerken van de gerechtelijke bemiddeling is dat ze in principe onder de leiding staat van een erkende bemiddelaar. Hier kan echter van afgeweken worden wanneer de partijen de rechter gezamenlijk verzoeken een niet-erkende bemiddelaar aan te wijzen. De rechter zal hier mee instemmen indien de partijen voldoende kunnen aantonen dat er geen enkele erkende bemiddelaar beschikbaar is die over de vereiste bekwaamheden beschikt voor die bemiddeling.<sup>58</sup>

Het verloop van de gerechtelijke bemiddeling is gelijklopend met dat van de vrijwillige bemiddeling, aangezien ook deze vorm van bemiddeling verloopt volgens artikel 1731 & 1732 Gerechtelijk Wetboek. Ook bij een gerechtelijke bemiddeling zal er dus een bemiddelingsprotocol en eventueel een bemiddelingsakkoord opgesteld worden. Bij afloop zal de bemiddelaar de rechter op de hoogte brengen van het resultaat en zal er eventueel overgegaan kunnen worden tot homologatie van het akkoord. De regels met betrekking tot de homologatie zijn dezelfde als bij de vrijwillige bemiddeling.<sup>59</sup>

**37. VRIJE BEMIDDELING**– Naast de wettelijk geregelde soorten bemiddeling bestaat er ook nog de vrije bemiddeling. We spreken van vrije bemiddeling wanneer de partijen in alle vrijheid, zonder tussenkomst van een rechter, beslissen om een bemiddelingspoging te ondernemen. Voor deze bemiddelingspoging wordt er geen beroep gedaan op een erkende bemiddelaar, noch wordt er een bemiddelingsprotocol overeenkomstig de wet opgesteld. Deze vorm van bemiddeling is eigenlijk de vorm die gebruikt werd alvorens er een wettelijke regeling was en is dus volledig afhankelijk van de wil van de partijen. Het vertrouwelijkheidsbeginsel zal hier dan ook slechts spelen wanneer de partijen dit vooraf overeenkomen.<sup>60</sup> Deze vorm van bemiddeling onderscheidt zich dus van de andere twee vormen door zijn extreem vrije karakter. Een eventueel akkoord kan dan ook niet gehomologeerd worden, waardoor de juridische waarde veel minder groot is.<sup>61</sup>

**38. BEMIDDELINGSBEDING**– Artikel 1725 Gerechtelijk Wetboek geeft contractpartijen de mogelijkheid om in hun overeenkomst een bemiddelingsbeding op te nemen. Met dit beding verbinden de partijen zich er toe om bij eventuele toekomstige geschillen eerst een beroep te doen op bemiddeling en pas dan op elke andere vorm van geschillenbeslechting. Wanneer één van de partijen toch beslist om direct een gerechtelijke procedure op te starten, kan de andere partij zich *in limine litis* beroepen op

---

<sup>57</sup> Artikel 1734 Gerechtelijk Wetboek; A. BRIDOUX, *Les écrits en médiation selon le code judiciaire*, Brussel, Larcier, 2011, 28.

<sup>58</sup> Artikel 1734 §1 Gerechtelijk Wetboek; J. CRUYPLANTS, M. GONDA, M. WAGEMANS, P. MARTENS en S. BENSIMON, *Droit et pratique de la médiation*, Brussel, Bruylant, 2008, 68-71.

<sup>59</sup> Artikel 1736 Gerechtelijk Wetboek

<sup>60</sup> P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "La médiation dans le code judiciaire", *Journal des tribunaux* 30 april 2005, 298.

<sup>61</sup> G. MICHEL, J. PROESMANS, F. VAN DE PUTTE e.a., *La médiation civile et commerciale: actes du colloque du 21 janvier 2000*, Brugge, La Chartre, 2000, 18 & 76-77.

dit beding. Dit alles wel in de veronderstelling dat het beding geldig is. Indien dit het geval is zal de rechter de gerechtelijke procedure opschorten en kan de bemiddelingspoging opgestart worden.<sup>62</sup>

**39. ANDERE RELEVANTE BEPALINGEN**– Naast alle bepalingen die hiervoor besproken werden bevat Deel VII van het Gerechtelijk Wetboek ook een bepaling waarbij een federale bemiddelingscommissie wordt ingesteld. Een van de opdrachten van deze commissie bestaat er uit om bepaalde bemiddelaars te erkennen wanneer ze voldoen aan de voorwaarden van artikel 1726 Gerechtelijk Wetboek.<sup>63</sup> Verder bevat artikel 1728 Gerechtelijk Wetboek het principe van de vertrouwelijkheid van de bemiddeling en stelt artikel 1729 Gerechtelijk Wetboek dat iedere partij de bemiddeling te allen tijde kan beëindigen zonder hier een nadeel van te ondervinden.<sup>64</sup>

### **Afdeling 3. De rol van de advocaat bij de bemiddelingsprocedure**

**40. INLEIDING**– Bij de analyses die hiervoor gemaakt werden in verband met de bemiddeling en zijn juridische basis valt het op dat er nauwelijks gesproken is over welke rol een advocaat speelt voorafgaandelijk aan of tijdens een bemiddeling. In deze afdeling zal er voor dit beroep onderzocht worden welke rol een raadsman hierin kan vertolken. Aangezien de onderzoeksvraag van deze masterscriptie niet handelt over de aansprakelijkheid van de advocaat of notaris als bemiddelaar zal deze rol slechts gering aan bod komen.

**41. BASISREGELS**– Gezien zijn specialiteit inzake het recht zal de advocaat steeds een belangrijke rol kunnen spelen bij een bemiddeling. Hij zal zijn cliënt bijstaan en zowel psychologisch als juridisch voorbereiden op het bemiddelingsproces.<sup>65</sup> Er wordt geponeerd dat een advocaat die een cliënt bijstaat bij een bemiddelingsprocedure zich best aan drie regels kan houden. Om te beginnen moet hij de leiding van het proces overlaten aan de bemiddelaar. Daarnaast moet hij opletten dat hij niet steeds zelf het voortouw neemt gedurende de procedure; de cliënt dient steeds centraal te staan. Een derde en laatste regel die hij in het achterhoofd moet houden is dat hij niet kost wat kost moet willen winnen. Een te grote overwinningsdrang zou er namelijk toe kunnen leiden dat men bepaalde opportuniteiten niet opmerkt waardoor men uiteindelijk niet het optimale resultaat kan bereiken.<sup>66</sup>

**42. INFORMEREN**– Na een evaluatie van de bemiddelingsrichtlijn was één van de aanbevelingen van de Commissie reeds om de uitoefenaars van juridische beroepen meer en meer bewust te maken van de mogelijkheid tot bemiddeling en de voordelen ervan. (supra randnummer 31) Impliciet stelt men hier dus dat ondanks de inspanningen van de Europese Unie en de Lidstaten om bemiddeling een juridisch kader te bieden, de voorkeur in de praktijk vaak nog uitgaat naar een gerechtelijke procedure. Het is logisch dat de mensen waar cliënten juridische bijstand van verlangen (bijvoorbeeld advocaat, notaris, ..) een niet te onderschatten rol spelen in de promotie van de alternatieve

---

<sup>62</sup> Artikel 1725 Gerechtelijk Wetboek; B. GAYSE, "Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag.", *RW* 2005, nr. 107, 13 april 2005, 442.

<sup>63</sup> Artikel 1726-1727 Gerechtelijk Wetboek; L. GOOVAERTS, S. THIELEMANS, C. ROBBE en P. PEERENS, *Hoe topbemiddelaar worden? Handleiding voor een nieuw beroep*, Brussel, Auxis, 2006, 61.

<sup>64</sup> Artikel 1728-1729 Gerechtelijk Wetboek.

<sup>65</sup> H. DE BACKER, "De rol van de advocaat bij bemiddeling" in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 262.

<sup>66</sup> P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 87.

geschillenbeslechting. Zij krijgen een conflict voorgeschoteld en dienen hun cliënt, die mogelijk slecht op de hoogte is, een aantal mogelijkheden voor te leggen en samen met hem af te wegen met welke optie de cliënt het beste gediend zou zijn.

In de huidige maatschappij, waar alternatieve geschillenbeslechting nog niet in groten getale aanwezig is, zal het enorm belangrijk zijn dat een raadsman zijn cliënt voldoende wijst op de voordelen van bemiddeling. Het concept 'bemiddeling' is immers nog niet in die mate ingeburgerd dat cliënten zelf de reflex hebben om dit als mogelijkheid te zien. De aanbevelende rol van de advocaat is dus van groot belang. Bij het uitoefenen van deze rol is het dan ook aangeraden dat een hij zich niet beperkt tot een juridische analyse van de situatie, maar ook een analyse maakt van de onderliggende belangen van de partij die hem een probleem voorlegt. Wanneer het een commercieel geschil betreft kan het namelijk voor je cliënt zeer belangrijk zijn om de relatie met zijn handelspartner zo goed mogelijk te houden. Waar men bij een juridische analyse dit misschien uit het oog zou verliezen, zal dit bij een belangenanalyse zeker naar voor komen.<sup>67</sup>

**43. MOGELIJKE ROLLEN** – Globaal gezien kan een advocaat drie rollen aannemen om zijn cliënt te ondersteunen gedurende de bemiddelingsprocedure. Enerzijds kan het soms aangeraden zijn dat de partijen de bemiddeling voeren zonder het bijzijn van hun raadsman. Vooraf kunnen de partijen uiteraard wel even hun advocaat consulteren die hen dan gepaste informatie kan verschaffen die kan helpen bij het voeren van de bemiddeling.<sup>68</sup>

Een tweede rol bestaat erin dat de advocaten wel aanwezig zijn, maar zich zeer soepel opstellen. Ze laten hun cliënt het woord voeren wanneer vereist maar ze kunnen zelf ook bepaalde zaken objectiveren waar dat nodig is. Daarnaast kan er uiteraard ook nog raad gegeven worden aan de cliënt wanneer de situatie hier om vraagt. Vanuit hun ervaring kunnen ze dan ook helpen om bepaalde oplossingen te bedenken. Aangezien dit niet binnen het takenpakket valt van de bemiddelaar kan het in sommige gevallen dus wel handig zijn om de bemiddeling te voeren in het bijzijn van advocaten. Wanneer deze over de nodige ervaring en kwaliteiten beschikken kunnen zij mogelijk oplossingen op tafel leggen waar de partijen zelf niet aan zouden denken.<sup>69</sup>

In de derde en laatste rol die een advocaat kan innemen bij een bemiddeling zal hij actiever deelnemen aan het proces. In dergelijk geval zal hij bijvoorbeeld de verkregen informatie controleren op juistheid. Men moet echter opletten dat men als raadsman niet dermate aanwezig is dat de cliënt niet meer op het gepaste moment zijn zeg kan doen waardoor de bemiddeling één van zijn

---

<sup>67</sup> E. LANCKSWEEERDT, "De rol van de advocaat die zijn cliënt bijstaat in het raam van een bemiddeling met openbare besturen", in Orde van advocaten Kortrijk, *Alternatieve geschillenbeslechting*, Brussel, Larcier, 2015, 53; T. DE BEIR, "Meerwaarde creëren in onderhandelen en bemiddelen: de rol van de advocaat" in Orde van advocaten Kortrijk, *Alternatieve geschillenbeslechting*, Brussel, Larcier, 2015, 42-44; H. DE STEXHE, G. D'HOTEL en P. HENRY, *Vademecum de l'avocat*, Limal, Anthemis, 2012, 160-161.

<sup>68</sup> P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 88.

<sup>69</sup> P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 88.



krachtpunten verliest. Het is namelijk net de bedoeling dat de partijen open met elkaar communiceren en zo tot een oplossing trachten te komen.<sup>70</sup>

**44. DEONTOLOGIE**– *L'Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique* heeft een bepaling opgenomen in zijn deontologische codex met betrekking tot bemiddeling. Volgens artikel 2.12 van deze codex is het aangeraden voor advocaten om samen met de cliënt, voor enige inleiding van de zaak bij welke instantie dan ook, de mogelijkheid te onderzoeken om het conflict op te lossen door bemiddeling.<sup>71</sup> Deze deontologische bepaling blijkt helaas vaak dode letter te zijn.<sup>72</sup> In de Vlaamse Codex Deontologie voor Advocaten is dergelijke bepaling niet terug te vinden.

**45. STIMULEREN BEMIDDELING**– De vraag stelt zich natuurlijk in hoeverre advocaten bereid zijn om bemiddeling effectief te stimuleren, ondanks de aanbeveling in de deontologische codex van de Orde van Franstalige en Duitstalige balies van België. Wanneer een cliënt zijn advocaat opzoekt met de intentie een strijd op te starten met een andere partij, kan het voorstel om een bemiddeling te onderzoeken verkeerd geïnterpreteerd worden. De cliënt zou namelijk kunnen denken dat de advocaat zo weinig vertrouwen heeft in een goede afloop dat hij tracht de zaak uit de rechtbank te houden. In deze hypothese kan het zijn dat een advocaat terughoudend is om de mogelijkheid tot alternatieve geschillenbeslechting op tafel te leggen.<sup>73</sup>

Daarnaast is het gezien de snelheid van de procedure vaak financieel minder interessant voor een advocaat om te adviseren bij een bemiddeling dan bij een gerechtelijke procedure. Ook is het mogelijk dat een advocaat minder zwaar zal aandringen bij zijn cliënt uit schrik om deze cliënt te verliezen. Wanneer deze cliënt koppig blijft vasthouden aan zijn wil om gerechtelijk te procederen moet de advocaat de keuze maken tussen zijn eigen principes (bemiddeling stimuleren) en de wil van zijn cliënt (gerechtelijke procedure opstarten). Indien men als advocaat te zeer tegen zijn cliënt in zal gaan bestaat namelijk de kans dat deze cliënt een meer meegaande raadsman zoekt die wel bereid is om aan zijn wensen te voldoen.<sup>74</sup> Ook hier is dus mogelijk een achterliggend financieel motief de oorzaak van de eventuele terughoudendheid. Er dient echter steeds van uit te worden gegaan dat de advocaat in staat is om de belangen van de cliënt op de eerste plaats te zetten.

---

<sup>70</sup> P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 88.

<sup>71</sup> Artikel 2.12 Code de déontologie de l'avocat, <http://avocats.be/sites/default/files/22.08.2016%20Code%20d%C3%A9ontologie%20version%20fran%C3%A7aise%20en%20vigueur%20au%2022.08.2016%20.pdf>.

<sup>72</sup> P.P. RENSON, "Les avocats et la médiation" in P.P. RENSON e.a., *Etats généraux de la médiation : actes du colloque du 15 octobre 2015*, Limal, Anthemis, 2015, 96-97.

<sup>73</sup> H. DE BACKER, "De rol van de advocaat bij bemiddeling" in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 255.

<sup>74</sup> P.P. RENSON, *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 51-52.

## Hoofdstuk 2. De aansprakelijkheid van de advocaat

**46. INLEIDING**– Wanneer iemand die geconfronteerd wordt met een conflict dit geschil beslecht of opgelost wil zien zal hij veelal advies inwinnen bij een advocaat. Als deze een zaak toevertrouwd krijgt van zijn cliënt, heeft hij logischerwijs ook verplichtingen jegens die cliënt. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden welke soorten verplichtingen een advocaat heeft tegenover zijn cliënt en in wat voor soort verhouding deze verplichting gekwalificeerd dienen te worden. Afhankelijk van de aanwezige verplichtingen en gecreëerde verhouding zal gekeken worden naar de mogelijkheid om de advocaat aansprakelijk te stellen bij het niet nakomen van deze verplichtingen.

### **Afdeling 1. Verhouding tussen de cliënt en de advocaat**

**47. ALGEMEEN**– De aansprakelijkheid van de advocaat zal veelal slechts ter sprake komen wanneer de uitkomst van het conflict niet overeenstemt met de verwachtingen van zijn cliënt. Met betrekking tot deze aansprakelijkheid dienen enkele dingen uitgeklaard te worden. Zo zal uitgemaakt dienen te worden of de relatie tussen de cliënt en de advocaat buitencontractueel dan wel contractueel is en welke precieze verplichtingen voortvloeien uit deze relatie. Ook de draagwijdte van deze verplichtingen zal onderzocht dienen te worden. Alvorens in te gaan op het specifieke geval van het wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling zal er eerst een algemeen kader uiteengezet worden met betrekking tot de professionele aansprakelijkheid van de advocaat.

**48. CONTRACTUELE AARD**– Waar er vroeger nog discussie was omtrent de aard van de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt, bestaat er vandaag de dag een consensus dat het hier een contractuele relatie betreft. Het aangegane contract kan dan zowel resultaats- als inspanningsverbintenissen bevatten.<sup>75</sup> (infra randnummer 65-70)

**49. CONTRACT SUI GENERIS**– Omdat de verplichtingen van een advocaat tegenover zijn cliënt veelal uiteenlopend zijn, kan men de rechtsverhouding in het algemeen niet kwalificeren als één welbepaald contract-type. De verhouding tussen de advocaat en de cliënt zal vaak elementen bevatten van verschillende benoemde contracten, waardoor de regels die van toepassing zijn bij een eventuele fout afhankelijk zullen zijn van de taak die de advocaat uitvoerde tijdens het begaan van de fout. De verschillende verplichtingen van de advocaat zullen doorgaans bestempeld kunnen worden als aanneming, lastgeving of bewaargeving. De regels omtrent overeenkomsten in het algemeen zullen deze specifiekere vormen slechts aanvullen waar nodig. Bij een aansprakelijkheidsstelling van de advocaat is de aard van de overeenkomst echter eerder bijkomstig.<sup>76</sup>

**50. SOORT OVEREENKOMST**– We kwalificeren de overeenkomst tussen de cliënt en zijn advocaat als een aannemingsovereenkomst wanneer de advocaat optreedt als raadsman van zijn cliënt. Hij zal

---

<sup>75</sup> P. DEPUYDT en D. GAZAGNES-THEUNIS, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice: leur responsabilité en droit civil, les contentieux, les assurances*, Gent, Story-Scientia, 1984, 15-17; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 7; R.M. DE PUYDT, *De deontologie van de advocaat*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 143; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 96.

<sup>76</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 8-10; V. COIGNIEZ, "De aansprakelijkheid van de advocaat", [http://advoring.be/data/files/buba/10-buba-aansprakelijkheid\\_v-coigniez.pdf](http://advoring.be/data/files/buba/10-buba-aansprakelijkheid_v-coigniez.pdf), 2007, 2; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 96.

hier optreden buiten de rechtspleging, zoals bijvoorbeeld bij het opstellen van een overeenkomst. Van een lastgevingsovereenkomst kunnen we dan weer spreken wanneer de advocaat belast wordt met het voeren van een geding of het verdedigen van de belangen van zijn cliënt. Ook in het kader van onderhandelingen kan hij optreden als lasthebber. Bij een lastgeving zal de advocaat dus optreden als gevolmachtigde van zijn cliënt. Een derde vorm van benoemde contracten betreft de bewaargeving. Hierbij kan de advocaat bepaalde (originele) stukken overhandigd krijgen door zijn cliënt.<sup>77</sup>

## **§1. Verbintenissen advocaat**

**51. ALGEMEEN-** Het is ondertussen al duidelijk dat de verschillende verplichtingen die op een advocaat kunnen rusten zeer divers zijn. Veel van deze verplichtingen kunnen ondergebracht worden onder twee hoofdcategorieën: de plicht tot bijstand en de plicht tot voorlichting en advies. Om te kunnen bepalen welke verbintenis er geschonden is bij het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling zullen beide verbintenissen hierna uitvoerig besproken worden.

### **a. Plicht tot bijstand**

**52. BIJSTANDSPLICHT-** Een advocaat dient in de eerste plaats zijn cliënt bij te staan. Dit wil zeggen dat hij niet enkel de procesvertegenwoordiger van zijn cliënt is, maar ook instaat voor de inhoudelijke begeleiding van de cliënt. We verstaan hier dan ook voornamelijk handelingen onder die de advocaat dient te stellen ten gevolge van zijn bijzondere hoedanigheid, aangezien de cliënt 'onbevoegd' is om deze te stellen.<sup>78</sup>

**53. VOORBEELDEN-** De bijstandsplicht kan uit diverse handelingen bestaan. Zo zal het tijdig instellen van de rechtspleging of het aanwenden van een rechtsmiddel onder deze verplichting vallen, maar ook het tijdig nemen van conclusies. Om deze plicht niet te schenden zal de advocaat zich dus steeds als een normaal zorgvuldig advocaat moeten gedragen.<sup>79</sup>

**54. OMVANG BIJSTANDSPLICHT-** De bijstandsplicht is een vrij ruime verplichting in hoofde van de advocaat. De advocaat zal dan ook een beroepsfout begaan wanneer hij een rechtsregel uit het oog verliest of miskent. Relevanter in het kader van dit onderzoek lijkt de verplichting om de gegevens van het dossier te onderzoeken. Wanneer hem een zaak toevertrouwd wordt zal een advocaat de plicht hebben het dossier te bestuderen en op basis hiervan de nodige initiatieven nemen. Het lijkt hier echter vooral om een verplichting te gaan inzake de te respecteren termijnen.<sup>80</sup> Met betrekking tot het wijzen op de mogelijkheid tot alternatieve geschillenbeslechting is er tot op heden nog geen recht gesproken in het kader van de bijstandsverplichting. Men zou echter wel kunnen stellen dat een normaal zorgvuldig advocaat deze mogelijkheid steeds dient mee te nemen in zijn beoordeling van het dossier en in die zin zijn bijstandsverplichting niet volledig respecteert wanneer hij

---

<sup>77</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 9-10; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 97.

<sup>78</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 153-155; V. COIGNIEZ, "De aansprakelijkheid van de advocaat", [http://advoring.be/data/files/buba/10-buba-aansprakelijkheid\\_v-coigniez.pdf](http://advoring.be/data/files/buba/10-buba-aansprakelijkheid_v-coigniez.pdf), 2007, 4.

<sup>79</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 154.

<sup>80</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 155-159.

onvoldoende op deze mogelijkheid wijst. Dit lijkt mij echter moeilijk afdwingbaar, vermits de bijstandsverplichting er duidelijk vooral in bestaat bepaalde handelingen (tijdig) te stellen. Het lijkt dan ook beter om het overwegen van de mogelijkheid tot alternatieve geschillenbeslechting en het voorleggen van deze mogelijkheid aan zijn cliënt onder te brengen bij de plicht tot voorlichting en advies. (infra randnummer 56-64)

**55. ROL CLIËNT**– Om zijn bijstandsverplichting na te kunnen komen en zich aldus als een normaal zorgvuldig advocaat te kunnen gedragen, moet de advocaat kunnen rekenen op de medewerking van zijn cliënt. Op deze cliënt rust dan ook een plicht tot medewerking. Hieruit volgt onder andere dat de cliënt de verplichting heeft om alle nodige verdedigingselementen tijdig over te maken aan zijn raadsman.<sup>81</sup>

#### **b. Plicht tot voorlichting en advies**

**56. RAADGEVING**– Vooraleer een advocaat zijn cliënt bij kan staan in het zoeken naar een oplossing van zijn probleem, zal er beslist dienen te worden welke methode men hiertoe zal toepassen. Een van de kerntaken van de advocaat is dan ook het verlenen van (juridisch) advies aan zijn cliënt, aangezien deze van zijn raadsman verwacht dat hij de mogelijke wegen om het probleem op te lossen kent en hem hieromtrent advies kan geven.

**57. VOORLICHTINGSPLICHT**– De voorlichtingsplicht van de advocaat houdt in dat hij de cliënt dient in te lichten over zaken die hem aanbelangen, zonder dat deze cliënt hier uitdrukkelijk dient om te vragen. Deze verplichting vloeit voort uit de veronderstelde onwetendheid van de cliënt met betrekking tot verschillende juridische aspecten. Gezien deze juridische onwetendheid is het belangrijk dat de advocaat deze informatie spontaan verstrekt.<sup>82</sup>

**58. OMVANG VOORLICHTINGSPLICHT** – De vraag rijst natuurlijk wat de precieze draagwijdte is van deze voorlichtingsplicht. Welke informatie dient ment spontaan mee te geven? Is er een grens aan deze verplichting? Hieromtrent deed het Hof van Beroep te Brussel een interessante uitspraak op 17 september 2013. In deze zaak werd een advocaat (advocatenvennootschap) aansprakelijk gesteld door het OCMW. Het OCMW had voorafgaandelijk reeds enkele tuchtprocedures gevoerd tegen een derde. Teneinde een nieuwe procedure op te starten, contacteerde het OCMW de advocatenvennootschap.

Alvorens het OCMW besliste om de advocatenvennootschap aan te stellen had één van de vennoten een omstandig advies opgesteld. In dit advies werd geopperd dat de voorgelegde zaak voldoende zwaarwichtige elementen bevatte om een nieuwe tuchtprocedure op te starten, maar dat het gezien de gezondheidstoestand van de derde mogelijk was dat zijn situatie kon leiden tot het aanvaarden van verzachtende omstandigheden of dat er zelfs aanvaard zou worden dat er geen sprake is van een handeling die aanleiding geeft tot een tuchtsanctie. Omdat de gezondheidstoestand er voor kon zorgen dat de uitkomst van een tuchtprocedure niet het gehoopte resultaat zou hebben, adviseerde de advocatenvennootschap het OCMW dan ook om andere middelen aan te wenden teneinde een definitieve oplossing te zoeken. De advocaat wees er wel op dat men snel moest overgaan tot het

---

<sup>81</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 164-165.

<sup>82</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 154.

aanwenden van deze andere methodes aangezien anders de tuchtfeiten verjaard zouden kunnen zijn.

Na verschillende pogingen om tot een minnelijke oplossing te komen, is er gedurende een periode van een jaar geen contact meer tussen het OCMW en zijn raadslieden. Bij een nieuw contact verzoekt het OCMW om toch een tuchtdossier samen te stellen daar de andere methodes geen soelaas hebben gebracht. Het OCMW beslist om de vennootschap definitief aan te stellen om hen te vertegenwoordigen gedurende de tuchtprocedure. Deze procedure heeft echter niet het verhoopte resultaat daar de vordering afgewezen werd omwille van 'onherstelbare procedurefouten'. Het OCMW is van mening dat fouten van zijn raadslieden hier de oorzaak van zijn en besluit dan ook om deze in gebreke te stellen.

De grootste fout die men verwijt aan de advocaten is het niet tijdig ter kennis brengen van een tuchtbeslissing aan de derde, waardoor een nieuwe tuchtprocedure onmogelijk geworden was. Het Hof oordeelde echter dat het OCMW gezien zijn dagdagelijkse werking geacht wordt de Nieuwe Gemeentewet – en dus de termijn- te kennen. Aangezien het OCMW op de hoogte was van de termijn diende hier dus niet op gewezen te worden door de advocaten. Men stelde expliciet:

*'De plicht tot spontane voorlichting moet immers binnen redelijke grenzen gehouden worden. Deze plicht heeft een suppletief karakter die ertoe strekt de onwetendheid van de cliënt aan te vullen, zodat er geen plicht is tot voorlichting m.b.t. wat deze cliënt weet of behoort te weten op basis van zijn persoonlijke bekwaamheid en ervaring.'*<sup>83</sup>

Uit deze zaak blijkt dus dat er wel degelijk grenzen zijn aan de informatieverplichting van de advocaat. De voorkennis van de cliënt kan dus zeker ook een rol spelen bij de beoordeling van het voldoen aan deze verplichting door de advocaat.

**59. ADVIESPLICHT**– In tegenstelling tot de voorlichtingsplicht dient de adviesplicht niet spontaan verstrekt te worden. Onder deze plicht verstaan we dan ook het advies dat gegeven wordt door een advocaat met betrekking tot een specifieke vraag van de cliënt.<sup>84</sup>

**60. TIJDSTIP BEOORDELING**– De voorlichtings- of adviesverplichting zal geschonden zijn wanneer een advocaat een foutief advies of foutieve informatie gaf of naliet om de nodige informatie te geven of een bepaald advies te geven. Hoewel het achteraf duidelijk kan lijken of de advocaat aan deze verplichting voldaan heeft of niet, is dit niet het moment waarop we het gedrag van de advocaat dienen te beoordelen. Wanneer we deze evaluatie willen maken dienen we ons te plaatsen in zijn situatie ten tijde van het (niet) verschaffen van de informatie of het (niet) geven van advies. We zullen zijn actie dienen te toetsen aan een normaal en zorgvuldig advocaat in dezelfde situatie om te beoordelen of hij zijn informatie- en adviesverplichting geschonden heeft of niet.<sup>85</sup> Een beoordeling louter op basis van de gevolgen van de keuze is dus niet toegelaten. De advocaat kan namelijk in eer en geweten de juiste informatie gegeven hebben op basis van de toen gekende feiten, zonder

<sup>83</sup> Brussel (1<sup>e</sup> k.) 17 september 2013, RW 2014-15, afl. 33, 1311.

<sup>84</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 154.

<sup>85</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 165 met citering van Brussel (2<sup>de</sup> kamer) 16 mei 2002, *J.L.M.B.* 2003, 1673, (p1688) noot J.P.BUYLE, "L'étendue du devoir d'information et de conseil d'avocat".

dat dit uiteindelijk tot het gewenste resultaat heeft geleid. Goed advies zorgt helaas niet in alle gevallen voor een goed resultaat.

Daarnaast kunnen er ook nog procedures gevoerd worden door een advocaat zonder dat hij de juridische overtuiging heeft dat deze gepast zijn. Wanneer een advocaat zich in dergelijke situatie begeeft, kan hij dit best schriftelijk bevestigen aan zijn cliënt, om toekomstige problemen voor hem persoonlijk te vermijden.<sup>86</sup>

**61. BEWIJSLAST: FR. KAMER CASSATIE**– Dergelijke schriftelijke bevestiging kan dus dienen als bewijs om aan te tonen dat de advocaat zijn verplichting voldaan heeft. Uit rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dan ook dat een advocaat die dergelijke schriftelijke melding gedaan heeft een goede zaak doet met betrekking tot zijn eigen aansprakelijkheid. Het traditionele uitgangspunt in het Belgische recht was dat de informatiegerechtigde (de cliënt) diende te bewijzen dat de informatieplichtige (de advocaat) in zijn verplichting tekort was geschoten. Het Hof van Cassatie nuanceerde deze verplichting echter wel:<sup>87</sup>

*Dat de rechter weliswaar vermag te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar niet vermag de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief bewijs op te leggen.*<sup>88</sup>

Deze situatie, waar het Hof van Cassatie over oordeelde in 2004, maakte de zaken voor de cliënt dus redelijk complex, aangezien deze iets diende te bewijzen dat nooit plaatsgevonden had. Ongeveer een decennium later, in 2015, diende het Hof opnieuw een uitspraak te doen met betrekking tot de bewijslast inzake het voldoen van de informatieverplichting. Deze zaak betrof een aansprakelijkheidsvordering van een cliënt tegen zijn advocaat. De cliënt beweerde dat de advocaat hem nooit geïnformeerd over het feit dat hij in aanmerking kwam voor rechtsbijstand. De advocaat beweerde echter dat hij dit – zoals hij behoorde te doen volgens zijn deontologische code- mondeling gedaan had tijdens zijn eerste onderhoud met de cliënt. De appelrechters oordeelden dat de bewijslast hieromtrent op de advocaat rustte. Aangezien de advocaat zich niet kon vinden in deze beslissing, diende het Hof van Cassatie een uitspraak te doen inzake de bewijslastverdeling. Bij arrest van 25 juni 2015 bevestigde het Hof van Cassatie dan ook de uitspraak van de appelrechters door te stellen dat:<sup>89</sup>

*'Aangezien uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat de advocaat dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekwetend om zijn cliënt in te lichten en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie hem niet werd*

---

<sup>86</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 166.

<sup>87</sup> Artikel 870 Gerechtelijk Wetboek; Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N; W. VANDENBUSSCHE en E. VERJANS, "Advocaat moet bewijzen dat hij aan informatieverplichting heeft voldaan", *Juristenkrant* 2015, afl. 320, 1 en 16.

<sup>88</sup> Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N.

<sup>89</sup> Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N; W. VANDENBUSSCHE en E. VERJANS, "Advocaat moet bewijzen dat hij aan informatieverplichting heeft voldaan", *Juristenkrant* 2015, afl. 320, 1 en 16; Cass. 25 juni 2015, AR C. 14.0382.F; W. VANDENBUSSCHE, "Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?", (noot onder Cass. 25 juni 2015), *RW* 2015-16, nr.42, 1664-1669.

*gegeven, schendt het arrest de in het middel vermelde wetsbepalingen niet wanneer het beslist «dat mr. d'A., die beweert zijn cliënt te hebben ingelicht, het bewijs dient te leveren van het feit dat hij aanvoert»<sup>90</sup>*

Met dit arrest lijkt het Hof van Cassatie de bewijslast dus terug te verschuiven van de informatiegerechtigde naar de informatieplichtige. Dit maakt het nog belangrijker voor advocaten om te zorgen voor bewijsstukken met betrekking tot hun informatieverstrekking. Er dient echter wel op gewezen te worden dat deze uitspraak betrekking heeft op een zeer specifieke situatie, aangezien de (geschonden) informatieverplichting het optreden van de advocaat betrof en niet de inhoud van het dossier. Ook betrof het in casu niet enkel de informatieplicht van de advocaat, maar ook de onderzoeksplicht, doordat hij de specifieke financiële en familiale toestand van zijn cliënt diende te evalueren alvorens dergelijke informatie meegedeeld kon worden.<sup>91</sup>

**62. BEWIJSLAST: RECHTSLEER**– In de rechtsleer zijn de reacties op dit arrest voorlopig niet eenzijdig. Sommigen beweren dat we door dit arrest de bewijslast met betrekking tot de informatieplicht verschuiven naar de professioneel, net zoals in Frankrijk het geval is. Anderen vragen zich dan weer af of de aard van de verbintenis –in casu een resultaatsverbintenis (infra randnummer 66 )- een verklaring kan vormen om de draagwijdte van de uitspraak te beperken. Deze laatste optie lijkt echter niet geschikt, daar het bij gevallen zoals in dit arrest eerder de vraag betreft of de informatie werkelijk gegeven is en niet of het gebrek aan het geven van informatie een fout uitmaakte. Men kan namelijk pas uitmaken of de advocaat een fout beging nadat vastgesteld is of de informatie wel of niet gegeven is. Daarnaast is het ook zo dat zelfs bij een resultaatsverbintenis er eerst aangetoond dient te worden door de informatiegerechtigde dat het beoogde resultaat niet bereikt werd.<sup>92</sup>

**63. BEWIJSLAST: NL. KAMER CASSATIE**– Reeds één dag na het arrest van de Franstalige kamer van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 kreeg de Nederlandstalige kamer van het Hof een soortgelijke zaak ter beslechting voorgelegd.<sup>93</sup> Hoewel het hier niet het specifieke geval van de informatieplicht van de advocaat betrof, is het toch relevant om dit te bespreken aangezien de informatieverplichting voor alle professionelen gelijkaardig is. Het Hof besliste hier namelijk in dat het de investeerder (informatiegerechtigde) is die het bestaan van een gebrek aan de informatieplicht van de financieel tussenpersoon (informatieplichtige) dient te bewijzen. Er dient echter wel op gewezen te worden dat er bepaalde middelen die ertoe strekten de bewijslast niet bij de investeerder te leggen onontvankelijk verklaard werden.<sup>94</sup>

**64. BEWIJSLAST: EIGEN VISIE**– Mijns inziens is het feit dat er verschillende meningen zijn, zowel tussen de verschillende kamers van het Hof van Cassatie als in de rechtsleer, een indicatie dat er ondanks

---

<sup>90</sup> Cass. 25 juni 2015, AR C. 14.0382.F.; W. VANDENBUSSCHE, "Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?", (noot onder Cass. 25 juni 2015), *RW* 2015-16, nr.42, 1664-1669.

<sup>91</sup> Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N; W. VANDENBUSSCHE en E. VERJANS, "Advocaat moet bewijzen dat hij aan informatieverplichting heeft voldaan", *Juristenkrant* 2015, afl. 320, 16.

<sup>92</sup> W. VANDENBUSSCHE, "Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?", (noot onder Cass. 25 juni 2015), *RW* 2015-16, nr.42, 1667-1668.

<sup>93</sup> Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0382.F; Cass. 26 juni 2016, AR C.14.0476.N.

<sup>94</sup> Cass. 26 juni 2016, AR C.14.0476.N; W. VANDENBUSSCHE, "Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?", (noot onder Cass. 25 juni 2015), *RW* 2015-16, nr.42, 1668.

dit arrest nog veel onduidelijkheid is over waar de bewijslast precies zal liggen. Wanneer men een onderscheid zou maken tussen de loutere plicht tot informeren en de informatieplicht in samenhang met andere plichten, zoals het Hof lijkt te doen bij arrest van 25 juni 2015, zal dit voor veel onduidelijk zorgen. Hier is noch de cliënt noch de advocaat bij gebaat, aangezien het tot gevolg zou kunnen hebben dat advocaten van elke informatie die ze geven schriftelijke bevestiging zullen verlangen, ondanks het feit dat ze met alle middelen van recht het voldoen aan deze plicht zouden kunnen bewijzen.

## **§2. Inspannings- of resultaatsverbintenissen**

**65. AARD VERBINTENIS**– Tot nu toe werd er vooral een onderscheid gemaakt naargelang de inhoud van de verbintenis van de advocaat, namelijk de verplichting tot het bijstaan van de cliënt of de verplichting tot het verschaffen van advies of informatie. Elk van deze specifieke verbintenissen maakt daarnaast ook nog een resultaats- of inspanningsverbintenis uit, zoals al aangehaald werd bij de bespreking van het Cassatiearrest van 25 juni 2015. (supra randnummer 63) Hoewel het contract gesloten tussen een advocaat en zijn cliënt vaak beide soorten verbintenissen zal bevatten, is het toch aangewezen om resultaats- en inspanningsverbintenissen afzonderlijk te bespreken.

**66. RESULTAATSVERBINTENIS**– Een resultaatsverbintenis bestaat wanneer een contractspartij, in dit geval de advocaat, zich ertoe verbindt om een bepaald resultaat te bereiken. In het geval van de advocaat zal er veelal sprake zijn van een resultaatsverbintenis met betrekking tot het ‘formele’ aspect van zijn handelingen. Dit formele aspect van de verbintenis van de advocaat kan bestaan uit verschillende handelingen. We denken hierbij onder andere aan het tijdig instellen van een vordering, het tijdig aanwenden van een rechtsmiddel of het verschijnen ter terechtzitting. Het kan echter ook gaan om de uitvoering van een specifieke overeenkomst zoals de bewaargeving.<sup>95</sup>

**67. INSPANNINGSVERBINTENIS**– Een tweede categorie van verbintenissen waartoe een advocaat zich kan verplichten zijn inspannings- of middelenverbintenissen. Deze omvatten vooral verbintenissen betreffende het ‘inhoudelijke’ aspect van de advocaat zijn handelingen. Bij het aangaan van dergelijke verbintenis zal de schuldenaar (de advocaat) zich er niet uitdrukkelijk toe verbinden om een resultaat te bereiken. Dit soort verbintenis legt de advocaat dus enkel een plicht op om de nodige inspanningen te leveren om het beoogde resultaat te bereiken, zonder dat hij dit resultaat kan garanderen. We denken hierbij onder andere aan het leiden van het proces of het geven van raad en het bijstaan van de cliënt. Daarnaast maakt de plicht om de (rechts)middelen die hij ter beschikking heeft aan te wenden om het beoogde resultaat te bereiken ook een inspanningsverbintenis uit.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 24-25; N. MOONS, “De complexiteit van inspannings- en resultaatsverbintenissen in de context van fundamentele rechten”, *TBP* 2014, afl. 4-5, 248-249; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, “De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar”, in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 97-98.

<sup>96</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 25; N. MOONS, “De complexiteit van inspannings- en resultaatsverbintenissen in de context van fundamentele rechten”, *TBP* 2014, afl. 4-5, 248-249; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, “De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar”, in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 100-101.



**68. BEWIJSLAST RESULTAATSVERBINTENIS**– Het onderscheid tussen een resultaatsverbintenis en een inspanningsverbintenis is voornamelijk van belang voor de verdeling van de bewijslast tussen de partijen. In principe dient bij een resultaatsverbintenis enkel het bestaan van een overeenkomst aangetoond te worden door de schuldeiser, hij dient dus geen enkele fout in hoofde van de schuldenaar te bewijzen. De schuldenaar zal zich enkel maar kunnen bevrijden van de schending van zijn plicht tot het bereiken van het resultaat door het succesvol invoeren van een reden van overmacht. Dit wil zeggen dat de omstandigheden buiten zijn wil moeten hebben plaatsgevonden en dat hij deze omstandigheden niet had kunnen voorzien of voorkomen. De juridische basis hiervoor vinden we terug in artikel 1147 B.W. Een reden van overmacht zal echter slechts zeer zelden aanvaard worden.<sup>97</sup>

**69. BEWIJSLAST INSPANNINGSVERBINTENIS**– Bij een inspanningsverbintenis liggen de kaarten anders, aangezien de bewijslast hier bij de schuldeiser ligt. Deze dient namelijk aan te tonen dat de schuldenaar niet de nodige inspanningen heeft verricht om het beoogde resultaat te verwezenlijken en dat hierdoor het resultaat niet behaald kon worden. De vraag die men in deze dus moet stellen is of de schuldenaar zich gedragen heeft als een normaal en zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst. Het is aan de schuldeiser om het bestaan van de verbintenis en het gebrek aan zorgzaamheid van de schuldenaar aan te tonen in geval van een inspanningsverbintenis.<sup>98</sup>

**70. CONCLUSIE BEWIJSLAST**– Uit de laatste twee randnummers mogen we echter niet zonder meer concluderen dat de bewijslast volledig omgekeerd is afhankelijk van het type verbintenis. Het gemeenschappelijke kenmerk met betrekking tot de bewijslast van deze verbintenissen is namelijk dat het zowel bij een resultaatsverbintenis als bij een inspanningsverbintenis de schuldeiser is die zal moeten kunnen aantonen dat de verbintenis niet naar behoren werd uitgevoerd. Pas in een later stadium zal de bewijslast eventueel verschuiven naar de schuldenaar.

## **Afdeling 2. Aansprakelijkheidsstelling**

**71. BURGERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID**– Nu er een duidelijk kader geschetst is van wat de exacte verplichtingen zijn waartoe een advocaat verbonden kan zijn tegenover zijn cliënt, is het noodzakelijk om te kijken of de advocaat ook aansprakelijk gesteld kan worden wanneer hij deze verplichtingen niet nakomt. We zullen in dit deel dan ook onderzoeken onder welke voorwaarden een advocaat aansprakelijk gesteld kan worden en welke verweermiddelen een advocaat hier tegen in kan brengen. In het kader van deze masterscriptie beperkt het onderzoek zich echter tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat. De strafrechtelijke aansprakelijkheid valt dus buiten het domein van dit onderzoek.

---

<sup>97</sup> Artikel 1147 Burgerlijk Wetboek; N. MOONS, "De complexiteit van inspannings- en resultaatsverbintenissen in de context van fundamentele rechten", *TBP* 2014, afl. 4-5, 248; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 98-99.

<sup>98</sup> N. MOONS, "De complexiteit van inspannings- en resultaatsverbintenissen in de context van fundamentele rechten", *TBP* 2014, afl. 4-5, 248.

## **§1. Voorwaarden**

**72. VERSCHILLENDE VOORWAARDEN**– Wanneer men een advocaat contractueel aansprakelijk wil stellen, zal de cliënt moeten bewijzen dat de advocaat een fout heeft gemaakt waardoor er schade is ontstaan. Deze schade moet in oorzakelijk verband staan met de gemaakte fout. Vooraleer deze gemeenrechtelijke voorwaarden besproken kunnen worden, moet er echter eerst bewezen worden dat er een verplichting op de advocaat rustte.

### **a. Bewijs van opdracht en bewijs van inbreuk verbintenis**

**73. SCHRIFTELIJKE OVEREENKOMST?**– Overeenkomstig artikel 1315 B.W. zal de cliënt die claimt dat de advocaat een verbintenis niet is nagekomen aan moeten tonen dat er een verbintenis –en dus een opdracht in hoofde van de advocaat- bestond.<sup>99</sup> Hoewel het mogelijk is dat de partijen een schriftelijke overeenkomst gesloten hebben, worden er vaak in de loop van de procedure bijkomstige opdrachten gegeven waar zelden een geschrift voor wordt opgesteld.<sup>100</sup>

In beginsel is dit schriftelijk bewijs ingevolge artikel 1341 B.W. vereist indien de opdrachten die overeengekomen zijn een waarde van 375 EUR overstijgen. Het gebrek aan schriftelijk bewijs hoeft echter geen grote problemen op te leveren voor de cliënt. Deze kan namelijk verschillende argumenten aanbrengen om zich van deze verplichting te ontslaan. Een eerste mogelijkheid hiertoe is de onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, zoals bepaald in artikel 1348 B.W. Deze bepaling biedt een mogelijkheid om artikel 1341 B.W. te omzeilen, wat in veel gevallen noodzakelijk zal zijn aangezien de waarde van de opdrachten die de advocaat zal uitvoeren al snel het minimumbedrag uit artikel 1341 B.W. zal overschrijden. Deze onmogelijkheid tot het verschaffen van schriftelijk bewijs is vroeger reeds aanvaard, maar dit is eerder uitzonderlijk.<sup>101</sup>

Een betere argumentatie om zich te ontdoen van de verplichting om schriftelijk bewijs te leveren is de 'onmogelijkheid ingevolge een vaststaand en algemeen gebruik'. Daarnaast kan het uitvoeren van een verbintenis door de advocaat ook aanvaard worden als buitengerechtelijke bekentenis. Deze laatste optie kan een mogelijkheid bieden wanneer de raadsman zijn opdracht niet naar behoren heeft uitgevoerd. Het (gebrekkig) uitvoeren van de opdracht is dus een impliciete erkenning van het feit dat er een opdracht overeengekomen werd.<sup>102</sup>

**74. DRAAGWIJDTE**– De cliënt die zijn raadsman aansprakelijk wil stellen moet niet alleen het bewijs van opdracht leveren. Hij moet ook kunnen aantonen wat de precieze draagwijdte was van de opdracht die op zijn advocaat rustte. Het is namelijk vanzelfsprekend dat de advocaat niet aansprakelijk gesteld zal kunnen worden voor het niet nakomen van verbintenissen die niet binnen

---

<sup>99</sup> Artikel 1315, eerste lid Burgerlijk Wetboek.

<sup>100</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 15-16.

<sup>101</sup> Artikel 1341 & 1348 Burgerlijk Wetboek; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 102.

<sup>102</sup> W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 102-103.

de draagwijdte van zijn opdrachten vallen. Wanneer de advocaat echter zou beweren dat er een einde is gekomen aan zijn opdracht, zal de bewijslast hiervan wel bij hem liggen.<sup>103</sup>

## **b. Fout**

**75. BEOORDELINGSCRITERIUM**– Naast het bewijs van opdracht zal de cliënt ook nog aan moeten tonen dat de advocaat fout handelde. Hoewel men vroeger nog van oordeel was dat de advocaat slechts aansprakelijk gesteld kon worden wanneer zijn handeling een opzettelijke of zware fout uitmaakte, is er sinds de jaren '90 een evolutie in de rechtspraak te merken. Tegenwoordig is een zware fout dan ook niet meer vereist, maar zal zijn handeling getoetst worden aan de handeling van een normaal, zorgvuldig en vooruitziend advocaat.<sup>104</sup>

**76. BEWIJS INBREUK**– De cliënt die claimt dat zijn advocaat een fout begaan heeft, zal ook de bewijslast dragen. Zoals reeds eerder gesteld werd is het leveren van dit bewijs relatief eenvoudig wanneer het om een resultaatsverbintenis gaat. De cliënt zal in dit geval slechts moeten aantonen dat het beoogde resultaat niet bereikt werd. De advocaat kan zich in dit geval slechts verweren door aan te tonen dat het niet behalen van het beoogde resultaat te wijten is aan een fout van zijn cliënt, een fout van een derde voor wie hij niet instaat of aan een situatie van overmacht. (supra randnummer 69)

**77. BEWIJS INBREUK INSPANNINGSVERBINTENIS**– De grootste moeilijkheid voor de cliënt zal er in bestaan de inbreuk op een inspanningsverbintenis te bewijzen. Hij zal in dit geval dienen te bewijzen dat de advocaat niet de nodige inspanningen geleverd heeft om het beoogde resultaat te verwezenlijken en dat deze zich dus niet gedragen heeft als een normaal en zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst. De cliënt kan dit bewijs echter wel leveren met alle middelen van recht.<sup>105</sup> (supra randnummer 70)

Omtrent deze problematiek deed het Franse Hof van Cassatie in 1997 een opvallende uitspraak. Het Hof stelde dat indien er betwisting is over het al dan niet leveren van voldoende inspanningen met betrekking tot de advocaat zijn informatie- en adviesverplichting, het de taak is van de raadsman te bewijzen dat hij aan deze verplichting heeft voldaan.<sup>106</sup> In de laatste 20 jaar zijn er slechts weinig zaken gekend waar dit arrest in België navolging kreeg. Gezien de geringe toepassing van dit arrest in de Belgische rechtspraak kan er geconcludeerd worden dat het nog steeds de taak zal zijn van de cliënt die stelt dat het de advocaat zijn inspanningsverbintenis niet nagekomen is om het bewijs hiervan te leveren.

---

<sup>103</sup> Artikel 1315, tweede lid Burgerlijk Wetboek; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 17.

<sup>104</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 21.

<sup>105</sup> W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 105.

<sup>106</sup> Cass. (1<sup>re</sup> civile) 29 avril 1997, *Bulletin 1997*, N° 132, p88.

### **c. Schade**

**78. DERDE VOORWAARDE**– Wanneer de cliënt heeft kunnen aantonen dat hij de advocaat met een bepaalde opdracht belast heeft en dat de advocaat door het niet nakomen van zijn verbintenis een fout heeft begaan, zal hij nog moeten bewijzen dat hij hierdoor schade heeft geleden. Ondanks het feit dat er geen wettelijke definitie is gegeven van het begrip 'schade', is er een consensus over wat dit begrip precies allemaal omvat. In de rechtsleer wordt het dan ook als volgt omschreven: 'de negatieve uitkomst van de vergelijking tussen twee toestanden, namelijk de actuele toestand waarin het slachtoffer zich bevindt na het schadegeval en de toestand waarin het slachtoffer zou gebleven zijn wanneer het schadegeval niet had plaatsgevonden.'<sup>107</sup>

Aangezien de verhouding tussen de cliënt en zijn advocaat van contractuele aard is, zal artikel 1146 B.W. ev. van toepassing zijn. Hierdoor zal de advocaat in beginsel slechts gehouden zijn tot het vergoeden van de schade die voorzienbaar was bij de sluiting van het contract.<sup>108</sup> Dit kan echter wel zowel het geleden verlies als gederfde winst uitmaken.<sup>109</sup>

**79. VOORWAARDEN M.B.T. SCHADE**– Om aanspraak te kunnen maken op enige vergoeding zal de cliënt dienen aan te tonen dat er effectief schade geleden is. Aangezien de advocaat contractueel aansprakelijk gesteld zal worden, is het logisch dat er vereist is dat de schade moet voortkomen uit het niet nakomen van een contractuele verbintenis door de advocaat. De schade moet dus voortvloeien uit het verkeerdelijk of niet uitvoeren van de verbintenis. Daarnaast dient de schade ook nog zeker, persoonlijk en rechtmatig te zijn om in aanmerking te komen voor vergoeding. Deze vergoeding moet de cliënt in staat stellen om in een positie geplaatst te worden die zo nauw mogelijk aansluit bij de positie die hij bereikt zou hebben wanneer de prestatie niet-foutief of effectief uitgevoerd was.<sup>110</sup>

**80. ZEKERE SCHADE**– Een eerste voorwaarde met betrekking tot de schade is dat deze zeker moet zijn; ze moet dus vaststaan. Om in overeenstemming te zijn met deze voorwaarde is het echter niet vereist dat er een absolute zekerheid is, een gerechtelijke zekerheid is voldoende. Gezien deze beperktere vereiste kunnen we dus stellen dat er aan deze voorwaarde voldaan is wanneer de rechter niet meer aan het tegendeel moet denken, zelfs al zou deze mogelijkheid er theoretisch gezien nog zijn. De voorwaarde van de zekere schade impliceert onmiddellijk ook dat er voor hypothetische schade geen schadevergoeding mogelijk is. Het voorgaande wil echter niet zeggen dat de schade actueel moet zijn, ook toekomstige schade kan vergoed worden.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 633.

<sup>108</sup> Artikel 1150 Burgerlijk Wetboek.

<sup>109</sup> Artikel 1149 Burgerlijk Wetboek.

<sup>110</sup> A. DE BOECK, "De schade bij samenloop en co-existentie. Een verkenning van de grens tussen contractuele en buitencontractuele schade" in A. DE BOECK, I. SAMOY, S. STIJNS, R. VAN RANSBEECK (eds.), *Knelpunten in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 28.

<sup>111</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 638.

**81. PERSOONLIJKE SCHADE**– Een tweede voorwaarde met betrekking tot de schade is dat de schade persoonlijk moet zijn. Dit wil zeggen dat enkel de cliënt die schade geleden heeft een vordering zal kunnen instellen tegen zijn raadsman.

**82. VERGOEDING SCHADE**– Zoals reeds eerder gesteld werd, is de advocaat slechts gehouden tot het vergoeden van de schade die voorzienbaar was op het ogenblik van de contractsluiting. Daarnaast is er enkel vergoeding verschuldigd voor de schade die rechtstreeks voortvloeit uit het niet of foutief uitvoeren van de overeenkomst.<sup>112</sup>

**83. ONZEKERE SCHADE**– Er zijn echter voldoende gevallen denkbaar waarin het niet nakomen van een contract of het verkeerd uitvoeren van dit contract ervoor zorgen dat de andere contractspartij de kans op een bepaald resultaat verliest. De schade kan in dergelijke gevallen niet aanzien worden als een gerechtelijke zekerheid, aangezien het onduidelijk is of er wel degelijk schade is. De toepassing van de ‘verlies van een kans’- leer kan bij deze problematiek een oplossing bieden. Volgens deze leer vloeit de schade voort uit het niet hebben van de mogelijkheid om een bepaald resultaat te behalen. De kans om een bepaald nadeel te vermijden of een bepaald voordeel te bekomen is in ieder geval verloren. Hoewel deze leer voornamelijk toegepast wordt met betrekking tot de medische aansprakelijkheid, kan het toch relevant zijn om deze in het kader van deze masterproef te bestuderen. Dit omdat de cliënt die onvoldoende geïnformeerd is omtrent de mogelijkheid tot bemiddeling een gerechtelijke procedure zal opstarten waardoor de kans op bemiddeling verloren gaat.

In de volgende randnummers zal er dieper ingegaan worden op deze leer, zodat de onderzoeksvraag in afdeling drie van dit hoofdstuk aan deze leer getoetst kan worden. Er werd voor gekozen om deze leer te bespreken bij het schade element, aangezien het verlies van een kans een op zichzelf staande schadepost zal uitmaken.

**84. EVOLUTIE VERLIES VAN EEN KANS-LEER: AMPUTATIEARREST**– Aangezien de verlies van een kans- leer niet wettelijk vastgelegd is, maar ontwikkeld werd door de rechtspraak en rechtsleer, heeft deze in de loop der jaren een bepaalde evolutie gekend. Een eerste keer werd de leer erkend door het Hof van Cassatie bij arrest van 19 januari 1984, het zogenaamde ‘amputatie- arrest’. Het Hof diende in dit arrest te oordelen over een man die een wonde aan zijn been liet behandelen bij een arts. Doordat de arts te laat handelde, trad er echter een ontsteking op in het been van de man en diende dit geamputeerd te worden. Er werd aangehaald dat het slachtoffer hoe dan ook weinig kans had om de amputatie van zijn been te voorkomen, ookal had de arts hem op zondagochtend behandeld. Het Hof besliste echter in het voordeel van het slachtoffer door de feitenrechters te volgen in hun beslissing om de arts te veroordelen tot vergoeding van de schade omwille van het verlies van de kans op het behoud of het minder zware verlies van zijn been.<sup>113</sup> Het betrof in deze zaak dus geen zekere schade. De vergoeding werd toegekend door het loutere feit dat de patiënt omwille van het laattijdige optreden van zijn arts de kans verloren had op een minder ingrijpende amputatie.

---

<sup>112</sup> A. DE BOECK, “De schade bij samenloop en co-existentie. Een verkenning van de grens tussen contractuele en buitencontractuele schade” in A. DE BOECK, I. SAMOY, S. STIJNS, R. VAN RANSBEECK (eds.), *Knelpunten in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 28.

<sup>113</sup> Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1984, 585.

In dit arrest werd de verlies van een kans- leer dus correct toegepast, aangezien er hier gekeken werd of er een oorzakelijk verband was tussen de fout van de arts en het verlies van de kans. Daarnaast keek men ook nog of het verlies van de kans zeker was, wat een vereiste is om deze schade vergoed te zien.

**85. ONZEKERHEID DOOR HVC**– Ondanks het feit dat het Hof van Cassatie met het arrest van 1984 de verlies van een kans- leer uitdrukkelijk leek te erkennen, oordeelde het doorheen de jaren ook enkele keren afwijzend. Zo oordeelde het Hof bij arrest van 19 juni 1998 dat het loutere feit dat er een kans gemist is om schade te ontlopen, geen grond kan zijn om schadevergoeding uit te keren. Dit omdat er niet aangetoond werd dat de schade zonder de foutieve gedraging voorkomen had kunnen worden.<sup>114</sup> Het feit dat de schade 'misschien' voorkomen had kunnen worden was in dit geval niet voldoende om de verlies van een kans- leer toe te passen. Het Hof oordeelde gelijkaardig bij arrest van 1 april 2004 door te stellen dat de rechter degene die een fout begaat niet kan veroordelen tot vergoeding van schade die niet werkelijk geleden is, indien hij van oordeel is dat er onzekerheid bestaat over het oorzakelijk verband tussen de fout en die schade.<sup>115</sup> Deze arresten van het Hof waren echter geen unicum, waardoor er meer en meer onzekerheid ontstond of dit leerstuk nu wel of niet toepassing kon vinden in het Belgische rechtsstelsel.<sup>116</sup>

**86. PRIZRAK- ARREST**– De eerder gecreëerde onzekerheid werd opgeheven met het Prizrak-arrest van 5 juni 2008. Prizrak, een dekhengst, overleed nadat de dierenarts een foute diagnose stelde en hem hierdoor verkeerd behandelde. Toen de juiste diagnose elders gesteld werd, was de ziekte reeds te ver gevorderd waardoor het dier overleed. De eigenaar vorderde naast de vergoeding voor het overlijden ook vergoeding voor het verlies van een kans op genezing van zijn paard, welke hem toegekend werd door de feitenrechters. Aangezien de dierenarts het niet eens was met deze beslissing, diende het Hof van Cassatie zich uiteindelijk over deze zaak te buigen. In zijn beslissing stelde het Hof dat:<sup>117</sup>

*'Het verlies van een reële genezings- of overlevingskans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een conditio sine qua non verband bestaat.*

*De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout.*

*De rechter kan aldus een verlies van een kans op genezing of overleving van een dier vergoeden indien hij vaststelt dat de eigenaar van een ziek dier dat mits een zorgvuldige behandeling slechts een kans had op genezing of overlijden, de kans op een gunstig resultaat heeft verloren door de fout van een dierenarts.'*

Aangezien in deze casus voldoende aangetoond werd dat de dood van het dier voorkomen had kunnen worden indien de dierenarts geen fout had begaan, besliste het Hof in dit geval dus dat de

---

<sup>114</sup> Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass* 1998, 721.

<sup>115</sup> Cass. 1 april 2004, AR C.01.0211.F & C.01.0217.F.

<sup>116</sup> Cass. 12 oktober 2005, *Arr. Cass.* 2005, afl. 10, 1914; Cass. 12 mei 2006, *Arr. Cass.* 2006, afl. 5, 1083.

<sup>117</sup> Cass. 5 juni 2008, AR C.07.0199.N.

verlies van een kans-leer wel toegepast kan worden. Bijgevolg konden de eigenaars dus aanspraak maken op een schadevergoeding voor het verlies van de kans op genezing van het paard.

**87. EFFECTENARREST**– Een laatste opmerkelijk arrest inzake de verlies van een kans- leer is het 'effectenarrest' van 6 december 2013. In deze zaak had een dochter (als lasthebber) de volmacht over de rekeningen van haar moeder. Wanneer de dochter echter vaststelt dat er een effectenrekening overgeplaatst wordt van het vermogen van de moeder naar het vermogen van de nieuwe partner van de moeder, geeft de dochter aan de bank de opdracht deze overdracht ongedaan te maken. De bank doet dit echter niet, waardoor de dochter na het overlijden van de moeder geen aanspraak kan maken op die effecten. Aangezien de dochter de bank een bepaalde opdracht gegeven heeft en deze na heeft gelaten de opdracht uit te voeren, stelt de dochter de bank aansprakelijk. De feitenrechtters oordeelden dat het niet ondenkbaar was dat de moeder de effecten voor andere bestemmingen gebruikt zou hebben, waardoor de vergoedbare schade voor de dochter gelijk was aan de kans om de effecten te erven. In casu paste men de verlies van een kans- leer dus toe door te stellen dat, hoewel het niet zeker was dat ze de effecten had kunnen erven indien er geen fout gemaakt werd door de bank, ze wel de kans verloren had om de volledige waarde van de effecten te erven. De Franstalige afdeling van het Hof van Cassatie gaat echter over tot vernietiging van het arrest. Het deed dit met een redenering gelijkaardig aan die van 1 april 2004, door te stellen dat men de bank niet kan veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding indien er twijfel bestaat over het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade. De schade had zich in casu ook op deze wijze kunnen voordoen wanneer de moeder haar kapitaal tijdens haar leven voor andere doeleinden had aangewend.<sup>118</sup>

**88. CONCLUSIE RECHTSpraak**– Uit de besproken rechtspraak kan besloten worden dat er wel degelijk schadevergoeding mogelijk is met behulp van de verlies van een kans- leer. Hoewel het niet in alle gevallen aanvaard zal worden, is het in sommige gevallen zeker de moeite waard om dergelijke schadevergoeding te vorderen. We zullen dus in elk geval afzonderlijk dienen na te gaan of de voorwaarden voor de toepassing van deze leer voldaan zijn of niet.

**89. ONTNOMEN KANS**– Ter toepassing van deze leer dient er vooreerst sprake te zijn van een ontnomen kans. Dit kan de kans om een bepaald voordeel te verwerven zijn, maar ook de kans om een bepaald nadeel te vermijden. De vergoeding waar men hierdoor aanspraak op kan maken, vloeit dan ook voort uit het verlies van de kans om dit voordeel te verwerven of dit nadeel te vermijden, en niet op het verlies van het voordeel of het ondergane nadeel op zich. Een voorbeeld waarbij dit toegepast werd is het amputatiearrest. In dit werd het slachtoffer namelijk een vergoeding toegekend voor het verlies van de kans op een minder zware amputatie.<sup>119</sup> (supra randnummer 84)

**90. VERLOREN KANS**– Daarnaast moet de kans definitief verloren zijn. Het dient dus zeker te zijn dat de kans verloren is, aangezien dat de grond van de vergoeding uit zal maken. Wanneer de schade

---

<sup>118</sup> Cass. 1 april 2004, AR C.01.0211.F & C.01.0217.F; Cass. 6 december 2013, AR C.10.0204.F ; I. BOONE en K. RONSIJN, "Vergoeding voor het verlies van een kans na het arrest Prizrak", VAV 2015, afl. 4, 8-9.

<sup>119</sup> Cass. 19 januari 1984, Arr. Cass. 1983-84, 585; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 641-642.

louter hypothetisch zou zijn zou deze niet vergoed kunnen worden, aangezien de schade zeker dient te zijn.<sup>120</sup>

**91. REËLE KANS**– Ten derde dient de verloren kans ook een reële kans te zijn. Dit wil zeggen dat de kans effectief moet hebben bestaan alvorens ze aanleiding kan geven tot vergoeding bij verlies ervan. Er is echter wel geen vastgelegde minimumdrempel betreffende de waarschijnlijkheid dat een bepaald resultaat mogelijk was. Een kleine kans tot verwerving van een voordeel of vermindering van een nadeel is dus voldoende, zo lang men kan bewijzen dat er effectief een kans bestaan heeft. De waarschijnlijkheid heeft dan ook enkel betrekking op het bepalen van de omvang van de vergoeding die men kan verkrijgen via deze leer.<sup>121</sup>

**92. OORZAKELIJK VERBAND**– Naast al de voorgaande voorwaarden is het duidelijk uit de besproken rechtspraak dat het belang van een oorzakelijk verband tussen de gemaakte fout en het verlies van een kans een laatste determinerende factor is voor het toekennen van een schadevergoeding.

#### **d. Oorzakelijk verband**

**93. CAUSALITEITSVEREISTE**– Een laatste voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de advocaat betreft een causaal verband tussen de fout van de advocaat en de schade geleden door de cliënt. Dit verband dient een *conditio sine qua non* verband te zijn. In concreto komt dit er op neer dat men zal moeten kijken of de schade zich ook zou hebben voorgedaan zonder het foutief gedrag van de advocaat.<sup>122</sup>

#### **§2. Samenloop**

**94. AANSPRAKELIJKHEIDSREGIMES** – In het aansprakelijkheidsrecht maakt men doorgaans een onderscheid tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Het ene regime sluit in beginsel het andere uit; wanneer men een contract sluit zal de contractuele aansprakelijkheid gelden; als er geen contract is zal de buitencontractuele aansprakelijkheid van toepassing zijn. Dit wil echter niet zeggen dat men geen buitencontractuele vordering in kan stellen wanneer er een contract bestaat tussen twee partijen. Zo oordeelde het Hof van Cassatie reeds in 1930 dat artikel 1382 BW in alle omstandigheden ingeroepen kan worden, zelfs al is er een contract tussen de partijen. Het bestaan van een contract sloot de buitencontractuele aansprakelijkheid dus niet noodzakelijk uit.<sup>123</sup>

**95. STUWADOORSARREST** – De redenering die het Hof toepaste in de jaren volgend op dit arrest werd verlaten in de jaren '70. Vooral met het arrest van 7 december 1973 werd dit duidelijk. In dit arrest was er een contract gesloten voor het transport van een bepaald goed over zee. Dit goed raakte beschadigd bij het inladen op een schip. Om het goed op het schip te laden deed de eigenaar van

---

<sup>120</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 642.

<sup>121</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 643.

<sup>122</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 62-64; P. DEPUYDT en D. GAZAGNES-THEUNIS, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice: leur responsabilité en droit civil, le contentieux, les assurances*, Gent, Story-Scientia, 1984, 55-57.

<sup>123</sup> Cass. 13 februari 1930, *Pas* 1930, I, 115.



het schip beroep op een stuwadoor. De verzekeraar die de schade had vergoed stelde echter een vordering in tegen de stuwadoor op basis van artikel 1382 BW. Hoewel de feitenrechters oordeelden dat de vordering ontvankelijk en gegrond was, verbrak het Hof dit arrest. De motivering achter deze verbreking was dat de uitvoeringsagent slechts buitencontractueel aansprakelijk gesteld kon worden indien hij een fout gemaakt had die een schending uitmaakt van een *'aan iedereen opgelegde verplichting, en indien de fout andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt.'* Aangezien noch de fout noch de ontstane schade vreemd zijn aan de uitvoering van het contract tussen de stuwadoor en de rederij, besliste het Hof van Cassatie om de uitspraak van de feitenrechter te verbreken.<sup>124</sup>

**96. BELANG SAMENLOOP-** Uit het voorgaande kan dus besloten worden dat samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid wel degelijk mogelijk is, indien er voldaan is aan twee voorwaarden. Er moet namelijk sprake zijn van een niet louter contractuele fout en de ontstane schade mag niet louter contractueel zijn.<sup>125</sup> Hoewel een volledige uitwerking van het buitencontractuele regime niet aangewezen is binnen deze context, aangezien de relatie advocaat-cliënt veelal contractueel zal zijn, zal er toch kort ingegaan worden op de gelijkenissen en de verschillen tussen de twee aansprakelijkheidsregimes.

**97. VERSCHILLEN-** Het verschil tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is in de eerste plaats van belang omdat beide regimes een eigen regeling hebben. In de praktijk zal men bij de toepassing van beide regimes echter niet zo heel veel verschillen zien. Toch zijn er ook enkele verschillen die mogelijk van belang kunnen zijn.

**98. BEKWAAMHEID-** Een eerste verschil betreft de bekwaamheid, vooral met betrekking tot minderjarigen. Zo zal een minderjarige in beginsel geen contracten kunnen sluiten vanwege zijn onbekwaamheid hiertoe. Hierdoor zal hij dus ook geen contractuele aansprakelijkheid kunnen oplopen.<sup>126</sup> Indien de minderjarige echter over onderscheidingsvermogen beschikt kan deze wel buitencontractueel aansprakelijk gesteld worden bij foutief gedrag.<sup>127</sup> We kunnen er echter van uitgaan dat de advocaat steeds een meerderjarige zal zijn en steeds over de vereiste bekwaamheden beschikt om contracten te sluiten. Hierdoor zal de verhouding in beginsel dus steeds contractueel van aard zijn, waardoor dit verschil sowieso geen toepassing zal vinden met betrekking tot advocaten.

**99. OMVANG SCHADEVERGOEDING-** Een ander verschilpunt betreft de omvang van de schadevergoeding. Waar een buitencontractuele aansprakelijkheidsstelling aanleiding zal geven tot een integrale schadeloosstelling, zal een contractuele aansprakelijkheidsstelling bij toepassing van artikel 1150 B.W. slechts aanleiding geven tot een vergoeding van de schade die voorzienbaar was ten tijde van het aangaan van het contract. Deze beperking van de schade bij contractuele

---

<sup>124</sup> Cass. 7 dec 1973, Arr. Cass. 1974, 443; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 98.

<sup>125</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 99.

<sup>126</sup> Cass. 30 mei 1969, Arr. Cass. 1969, 943.

<sup>127</sup> N. VAN GELDER, "Aansprakelijkheid van minderjarigen, ouders, vrijwilligersorganisaties en producenten", *TBBR* 2010, afl. 10, 515.

aansprakelijkheidsstelling zal wel enkel van toepassing zijn wanneer de schuldenaar niet opzettelijk naliet de verbintenis uit te voeren.<sup>128</sup>

**100. AANSTELLERSAANSPRAKELIJKHEID-** Een derde verschil zien we met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door hulppersonen. Krachtens artikel 1384, lid 3 B.W. kan een aansteller buitencontractueel aansprakelijk gesteld worden voor schade veroorzaakt door fouten die zijn ondergeschikte beging tijdens de duur van zijn bediening, indien de fout in verband staat – rechtstreeks dan wel onrechtstreeks- met deze bediening.<sup>129</sup> Bij de contractuele aansprakelijkheid zal de aansteller reeds aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de fouten van al zijn hulppersonen en dus niet enkel voor fouten van zijn ondergeschikten. De contractuele aansprakelijkheid is op dit punt dan ook ruimer. Daar staat wel tegenover wanneer er sprake is van een contractuele aansprakelijkheid de aansteller slechts aansprakelijk gesteld zal kunnen worden voor fouten van zijn hulppersoon indien deze fouten in rechtstreeks verband staan met de verbintenissen die de aansteller is aangegaan ten opzichte van zijn medecontractant. Een indirect verband is in deze dus niet voldoende.<sup>130</sup>

**101. VERJARING-** Een laatste verschilpunt inzake de contractuele dan wel buitencontractuele aansprakelijkheid van de advocaat is de regeling van beide regimes omtrent de verjaring van de rechtsvordering. De rechtsvordering op basis van de contractuele aansprakelijkheid zal ingevolge artikel 2262bis B.W. verjaren na tien jaar.<sup>131</sup> De vordering op basis van de buitencontractuele aansprakelijkheid daarentegen zal in principe verjaren na vijf jaar te tellen vanaf de dag nadat het slachtoffer kennis kreeg van de schade en de persoon die daarvoor verantwoordelijk was. Deze termijn is in sommige gevallen echter wel begrensd door artikel 2262bis B.W., dat stelt dat de vordering sowieso zal verjaren 20 jaar nadat het schadeverwekkende feit plaats heeft gevonden.<sup>132</sup> Voor de beroepsaansprakelijkheid van advocaten is er echter een specifieke regeling uitgewerkt in artikel 2276bis B.W., dat stelt dat:<sup>133</sup>

*'§ 1. De advocaten zijn ontlast van hun beroepsaansprakelijkheid en zijn niet meer verantwoordelijk voor de bewaring van de stukken vijf jaar na het beëindigen van hun taak.*

*Deze verjaring is niet van toepassing wanneer de advocaat uitdrukkelijk met het bewaren van bepaalde stukken is belast.*

*§ 2. De vordering van de advocaten tot betaling van kosten en ereloon verjaart na verloop van vijf jaar na het beëindigen van hun taak.'*

---

<sup>128</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 90.

<sup>129</sup> Artikel 1384, derde lid Burgerlijk Wetboek.

<sup>130</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 91.

<sup>131</sup> Artikel 2262bis Burgerlijk Wetboek.

<sup>132</sup> Artikel 2262bis Burgerlijk Wetboek.

<sup>133</sup> Artikel 2276bis Burgerlijk Wetboek.

Bovenstaande termijn uit artikel 2276bis B.W. zal echter pas beginnen te lopen vanaf het moment van de beëindiging van de taak van de advocaat, wat de vraag doet rijzen op welk moment zijn taak eindigt.

In 2005 deed het Hof van Cassatie uitspraak in een zaak waarin een cliënt bij brief aan zijn advocaat gemeld had dat deze zijn tussenkomst als beëindigd mocht beschouwen. In diezelfde brief had de cliënt zijn advocaat echter wel nog gevraagd bepaalde informatie in te winnen bij de gerechtsdeurwaarder in verband met de procedure van bewarend onroerend beslag. Hieruit concludeerden de appelrechters dat er geen sprake is van een ondubbelzinnige beëindiging van het mandaat van de advocaat, aangezien er uitgenodigd werd tot bijkomende handelingen. Volgens de advocaat kon zijn mandaat dan ook slechts als beëindigd beschouwd worden nadat de hij bijkomende handelingen had verricht, waardoor er in casu geen sprake was van beëindiging. Het Hof van Cassatie volgde in zijn arrest de appelrechters en verwierp het Cassatieberoep door als volgt te beslissen:

*'Dat de taak van de advocaat wordt beëindigd op het ogenblik waarop de opdrachtgever ondubbelzinnig een einde maakt aan zijn mandaat, ook al stelt de advocaat nadien handelingen ingevolge die beëindiging.'*<sup>134</sup>

Het vaststellen van het precieze moment van de taakbeëindiging is echter niet steeds even voor de hand liggend, waardoor de rechter steeds geval per geval zal moeten analyseren wanneer het mandaat einde nam. Het zal zijn taak zijn om na te gaan wanneer de ene partij in kennis gesteld werd dat de andere partij het mandaat beëindigde.<sup>135</sup>

In de praktijk is er echter discussie omtrent de draagwijdte van dit artikel. Dit omdat het niet volledig duidelijk is of dit artikel enkel toepassing kan vinden bij de contractuele aansprakelijkheid van de advocaat of ook uitwerking zal vinden bij zijn buitencontractuele aansprakelijkheid. Voorlopig lijkt het er echter op dat in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid de regeling uit artikel 2262bis B.W. nog steeds uitwerking zal vinden en dus niet deze uit artikel 2276bis B.W.

**102. ANDERE VERSCHILLEN-** Andere verschilpunten zijn er nog met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid, de schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak, etc. Naast al deze verschillen is er ook een gelijkenis tussen beide. De voornaamste wordt hieronder besproken.

**103. GELIJKENISSEN-** Waar er vroeger nog een onderscheid gemaakt werd tussen de zwaarte van de fout voor de contractuele dan wel buitencontractuele aansprakelijkheidsstelling, is dit vandaag de dag niet langer vereist. Beide aansprakelijkheidsregimes hanteren intussen eenzelfde zorgvuldigheidsnorm, namelijk dat de gestelde handeling er niet één was die een normaal, zorgvuldig en vooruitziend persoon gesteld zou hebben indien deze in dezelfde omstandigheden zou zijn geplaagd.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> Cass. 29 april 2005, AR C.03.0611.N.

<sup>135</sup> D. PRICKEN, "Le devoir de diligence de l'avocat" in A. BEUSCAR, G. DAVID, P. DEMOLIN, e.a., *Responsabilité(s) de l'avocat*, Limal, Anthemis, 2015, 104-105; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, 114-116.

<sup>136</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 88.

### **§3. Verweermiddelen advocaat**

**104. ALGEMEEN-** Wanneer de aansprakelijkheid van de advocaat onderzocht wordt dient niet enkel gekeken te worden naar de mogelijkheden waar de cliënt zich op kan baseren om de advocaat aansprakelijk te stellen, maar ook naar de middelen die een advocaat kan gebruiken om zich te verweren. In dit onderdeel zal dan ook onderzocht worden wat de advocaat allemaal kan doen om zijn aansprakelijkheid te beperken of zich uit te sluiten van elke aansprakelijkheidsstelling.

#### **a. Contractueel beding**

**105. CONTRACTUEEL BEDING-** Een eerste middel om preventief de aansprakelijkheid te beperken is de contractuele aansprakelijkheidsbeperking. Van oudsher worden vrije beroeps geacht aansprakelijk gesteld te kunnen worden zonder enige beperking wanneer zij beroepsfouten begaan. De laatste decennia is er echter een ommekeer gekomen in deze gedachtegang, waardoor advocaten hun aansprakelijkheid wel degelijk contractueel kunnen beperken. Een eerste wijze om dit contractueel te beperken is door opnemen van een exoneratiebeding in het contract met de cliënt. Door het opnemen van dergelijk beding zal de advocaat die aangesproken wordt om zijn verbintenis(sen) na te komen aan zijn contractuele aansprakelijkheid kunnen ontsnappen. Hierdoor zal hij de gevolgen van zijn niet-nakoming dus niet dienen te dragen, terwijl de niet-nakoming wel aan hem toerekenbaar was.<sup>137</sup>

**106. VOORWAARDEN EXONERATIEBEDING-** Volgens het gemeen recht kan men echter niet zomaar naar eigen wens exoneratieclausules inschrijven in contracten, aangezien er wettelijke beperkingen zijn waar men rekening mee dient te houden. Hoewel exoneratieclausules dus in principe geldig zijn, mag de exoneratieclausule niet in strijd zijn met bepalingen van dwingend recht of de openbare orde. Daarnaast kan men zijn aansprakelijkheid niet beperken of uitsluiten met betrekking tot fouten die men opzettelijk begaan heeft. Een laatste voorwaarde is dat dergelijke clausule de overeenkomst niet mag uithollen. Specifiek met betrekking tot de advocaat wil dit dus zeggen dat er niet conventioneel overeengekomen kan worden dat de advocaat niet aansprakelijk is voor gebrekkig advies. Het geven van advies is namelijk een hoofdverplichting van de advocaat. (supra randnummer 56-64) Wanneer hij deze verplichting niet na zou komen en toch geen aansprakelijkheid op kan lopen, zou de overeenkomst veel van zijn waarde verliezen.<sup>138</sup>

**107. INVLOED WER-** Sedert 2014 is de regeling met betrekking tot exoneratiebedingen ingevoegd in het Wetboek Economisch Recht (WER). Dit was noodzakelijk aangezien het uitsluiten van vrije beroepers aan de toepassing van de WMPC meermaals ongrondwettelijk werd bevonden door het Grondwettelijk Hof. Men dient met het WER rekening te houden wanneer de cliënt een consument uitmaakt in de zin van dit wetboek. Een consument in de zin van dit wetboek is *'iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit*

---

<sup>137</sup> M. LERNOUT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht", *TBBR* 2015, afl. 6, 296; E. SWAENEPOEL, "VII. Exoneratiebedingen in meerpartijencontracten" in I. SAMOY en P. WERY, *Meerpartijenovereenkomsten- Contrats multipartites*, Brugge, Die Keure, 2013, 185-186.

<sup>138</sup> M. LERNOUT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht", *TBBR* 2015, afl. 6, 296-297.

vallen'.<sup>139</sup> Doordat het WER van toepassing is op de contractuele verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt, zal dus ook artikel XIV.50 WER van toepassing zijn, dat een opsomming geeft van bedingen die hoe dan ook onrechtmatig zijn. Onder 13<sup>o</sup> van dit artikel zien we zoals eerder aangehaald dat de advocaat zijn aansprakelijkheid niet kan ontlopen met betrekking tot zijn opzettelijke fout die zou leiden tot het niet nakomen van de verbintenis, behoudens in gevallen van overmacht. Dit wel enkel wanneer het 'de voornaamste prestaties van de overeenkomst' betreft.<sup>140</sup> Er zal dus steeds in concreto gekeken moeten worden naar de mate waarin de verplichtingen van de advocaat uitgehold worden door dergelijk beding bij het bepalen van de geldigheid ervan. Ook zal er steeds nagegaan worden of het evenwicht tussen de partijen niet te ernstig verstoord geraakt is door dergelijk beding.<sup>141</sup> Krachtens artikel XIV.51. WER zal een onrechtmatig beding echter niet noodzakelijk leiden tot de ontbinding van de overeenkomst wanneer de overeenkomst verder kan bestaan zonder dat beding.<sup>142</sup> In de verhouding advocaat-cliënt zal de overeenkomst die gesloten werd tussen de partijen dus veelal wel blijven gelden, met uitzondering van de onrechtmatige bedingen.

## **b. Fout cliënt**

**108. IMPACT-** Het overeenkomen van een contractuele bepaling is echter niet de enige wijze waardoor de advocaat zijn aansprakelijkheid kan beperken of uitsluiten. Ook het gedrag en de voorkennis van zijn cliënt kan bijdragen aan een verminderde aansprakelijkheid van de advocaat. De vraag rijst echter in welke mate men de fout van een cliënt kan laten doorwegen in dergelijke situaties, aangezien de advocaat nog steeds de specialist ter zake dient te zijn en derhalve er voor moet zorgen dat zijn verbintenissen uitgevoerd kunnen worden op de manier zoals overeengekomen. De advocaat die op deze wijze aansprakelijkheid zal trachten te ontlopen of zijn aansprakelijkheid zal trachten te reduceren zal dan ook voldoende moeten kunnen aantonen dat zijn cliënt een fout heeft gemaakt die bepaalde schade heeft veroorzaakt. Er moet ook een oorzakelijk verband tussen de fout van de cliënt en de veroorzaakte schade bewezen te worden. Het Hof van Cassatie oordeelde reeds meermaals dat indien dergelijk bewijs geleverd kan worden door de advocaat, er een verdeling van de aansprakelijkheid plaats kan vinden.<sup>143</sup>

**109. VOORKENNIS CLIËNT-** Hoewel dit onderzoek zich hoofdzakelijk toespitst op de informatieverplichting van de advocaat, kan het in deze ook relevant zijn om te kijken naar welke informatie er door de cliënt gegeven dient te worden. Het is namelijk niet ondenkbaar dat er bepaalde fouten gemaakt worden door een raadsman omwille van het verkrijgen van foutieve of laattijdige informatie van zijn cliënt. Wanneer een rechter over dergelijke situatie een oordeel dient te vellen, zal hij de voorkennis van de cliënt mee moeten nemen in zijn beoordeling. De cliënt zal dan ook enkel een fout verweten kunnen worden indien hij over voldoende voorkennis beschikte. Deze

---

<sup>139</sup> Art. I.1. Wetboek Economisch Recht (WER).

<sup>140</sup> Art. XIV.50. Wetboek Economisch Recht (WER).

<sup>141</sup> M. LERNOUT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht", *TBBR* 2015, afl. 6, 296-297.

<sup>142</sup> Art. XIV. 51. Wetboek Economisch Recht (WER).

<sup>143</sup> Cass. 7 januari 1988, AR 5567; Cass. 26 maart 1992, AR 9261; P. DEPUYDT en D. GAZAGNES-THEUNIS, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice: leur responsabilité en droit civil, le contentieux, les assurances*, Gent, Story-Scientia, 1984, 58-62.

voorkennis kan betrekking hebben op verschillende vlakken, zoals bijvoorbeeld kennis van het rechtssysteem, termijnen, etc. Wanneer de cliënt die over voldoende voorkennis beschikte niet correct handelde zal zijn handeling niet overeenstemmen met die van een normaal, zorgvuldig en vooruitziend persoon, wat een verdeling van de aansprakelijkheid mogelijk zal maken. Belangrijk is wel dat men bij de beoordeling van de voorkennis en de handelingen van de cliënt ook de rol van de advocaat in acht neemt. Deze dient namelijk nog steeds zijn verplichtingen na te komen en dient waar nodig het belang van bepaalde handelingen duidelijk te maken, ongeacht de voorkennis van zijn cliënt. Het benadrukken van deze belangrijke elementen strekt zich echter niet uit tot dingen die de cliënt hoort te weten op basis van zijn persoonlijke kenmerken of bekwaamheid.<sup>144</sup>

### **c. Tussenkoms t meerdere advocaten**

**110. ANDERMANS FOUTEN-** Foutieve handelingen door de advocaat kunnen echter niet enkel de oorzaak zijn van hunzelf of hun cliënt, maar ook van hun confraters. Aangezien advocaten zich meer en meer verenigen in advocatenassociaties, is het logisch dat er regelmatig taken overgelaten worden aan collega's. Een voorbeeld hiervan is het laten uitvoeren van bepaalde taken door advocaat-stagairs. Aangezien ook deze fouten kunnen maken, stelt de vraag zich wie er aansprakelijk gesteld moet worden voor fouten van deze. Deze problematiek stelt zich echter niet enkel inzake advocaat-stagairs, maar kan ook betrekking hebben op eender welke andere confrater. Een voorbeeld hiervan is het zich laten vervangen ter zitting. Heeft een fout van de plaatsvervangende advocaat dan invloed op de aansprakelijkheid van de advocaat die vervangen werd? Kan dit hem van zijn aansprakelijkheid bevrijden?

**111. LAGE SLAAGKANS-** De advocaat die zich laat vervangen of zich laat bijstaan hoeft geen voorafgaandelijke toestemming hiertoe te hebben van zijn cliënt, maar blijft wel persoonlijk aansprakelijk tegenover deze cliënt. Deze persoonlijke aansprakelijkheid vloeit voort uit het *intuitu personae*- karakter van de overeenkomst, aangezien de cliënt in de meeste gevallen voor deze specifieke advocaat heeft gekozen omwille van zijn kwaliteiten. Wanneer er dus een overeenkomst gesloten is met een specifieke advocaat, en niet met zijn vennootschap, zal iedere andere persoon die meewerkt aan de uitvoering van het contract als derde beschouwd worden ten aanzien van de gesloten overeenkomst. Hoewel de kwalificatie van de persoon die meewerkt van belang is voor de aansprakelijkheidsstelling van deze derde door de cliënt, zal hier in dit kader niet verder op ingegaan worden aangezien het de aansprakelijkheid van de advocaat zelf betreft. Het is voldoende te benadrukken dat de raadsman steeds verantwoordelijk blijft voor de fouten van zijn advocaat-stagairs en zijn andere medewerkers. Het invoeren van fouten van een medewerker of confrater zal dus zelden leiden tot een verminderde aansprakelijkheid voor de advocaat zelf.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> M. LERNOUT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht", *TBBR* 2015, afl. 6, 289.

<sup>145</sup> P. DEPUYDT en D. GAZAGNES-THEUNIS, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice: leur responsabilité en droit civil, le contentieux, les assurances*, Gent, Story-Scientia, 1984, 66-70; M. LERNOUT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht", *TBBR* 2015, afl. 6, 292-293.

#### **d. Overmacht**

**112. FORCE MAJEURE-** Een vierde mogelijkheid waar de advocaat die aansprakelijk gesteld wordt zich op kan trachten te beroepen is 'la force majeure' oftewel overmacht. Wanneer hij kan aantonen dat de oorzaak van het niet-nakomen van de contractuele verbintenis aan een vreemde oorzaak te wijten is, zal ze hem niet toegerekend kunnen worden. Hieruit volgt dan ook dat hij niet aansprakelijk gesteld kan worden door zijn cliënt.<sup>146</sup>

**113. INVULLING BEGRIP-** Hoewel de overmachtsleer erkend wordt in het Belgische recht, heeft de wetgever het nagelaten het begrip concreet in te vullen.<sup>147</sup> Dit zorgt ervoor dat het op verschillende wijzen geïnterpreteerd kan worden. De theorie van de ontoerekenbare onmogelijkheid is echter de theorie die de meeste steun kan vinden in de rechtspraak en de rechtsleer. Zo paste onder meer het Hof van Cassatie deze leer al meermaals toe. Volgens het Hof is er sprake van overmacht wanneer de gebeurtenis onafhankelijk is van de menselijke wil en noch te voorzien noch te voorkomen was.<sup>148</sup>

**114. ONTOEREKENBARE FOUT-** Er zijn dus verschillende toepassingsvoorwaarden te onderscheiden die voldaan moeten zijn wanneer een advocaat zich wil beroepen op overmacht. Eerst en vooral moet de gebeurtenis ontoerekenbaar zijn aan de schuldenaar (de advocaat). Om te voldoen aan deze voorwaarde zal de advocaat dus aan dienen te tonen dat noch hijzelf, noch een persoon waar hij voor instaat een fout heeft gemaakt die aanleiding kan zijn voor de gebeurtenis. Hij zal hierbij moeten bewijzen dat de gebeurtenis onvoorzienbaar was bij de contractsluiting en dat de gebeurtenis niet vermeden noch voorkomen kon worden. Daarnaast vereist artikel 1302 BW. ook nog dat de schuldenaar niet reeds in gebreke gesteld werd om de verbintenis na te komen.<sup>149</sup>

**115. ONMOGELIJKHEID TOT NAKOMING-** Naast het feit dat de gebeurtenis niet toerekenbaar mag zijn aan de advocaat, moet de gebeurtenis leiden tot een volstreekte onmogelijkheid tot nakoming van de verbintenis. Belangrijk hierbij is dat het absoluut onmogelijk dient te worden om de verbintenis na te komen. Hoewel de laatste decennia er stemmen opgaan om dit criterium af te zwakken naar een redelijke onmogelijkheid, past het merendeel van de rechtspraak en de rechtsleer toch nog steeds de absolute onmogelijkheid toe.<sup>150</sup>

**116. GEVOLGEN-** De gevolgen van een onmogelijkheid tot nakoming kunnen tweeledig zijn. Enerzijds kan er sprake zijn van een tijdelijke onmogelijkheid tot nakoming, waardoor er een schorsing plaats zal vinden van de verplichting van de schuldenaar voor de duurtijd van de onmogelijkheid. Wanneer het dan terug mogelijk zou worden om te presteren, zal hij dit moeten doen. Aangezien dit onderzoek betrekking heeft op de werkzaamheden van een raadsman en er in zijn vakgebied vaak gewerkt dient te worden met bepaalde vastgelegde termijnen, zou het echter kunnen dat het dan al te laat

---

<sup>146</sup> P. DEPUYDT en D. GAZAGNES-THEUNIS, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice: leur responsabilité en droit civil, le contentieux, les assurances*, Gent, Story-Scientia, 1984, 63-65.

<sup>147</sup> Artikel 1147 & 1148 Burgerlijk Wetboek.

<sup>148</sup> Cass. 24 januari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 576; Cass. 22 februari 2010, S.09.0033.F.

<sup>149</sup> M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2017, 15-19; P. DEPUYDT en D. GAZAGNES-THEUNIS, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice: leur responsabilité en droit civil, le contentieux, les assurances*, Gent, Story-Scientia, 1984, 63; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht- Boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 151-152.

<sup>150</sup> M. LERNOUT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht", *TBBR* 2015, afl. 6, 290-291; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht- Boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 152.

is om toch nog te presteren. Wanneer een nuttige uitvoering niet meer mogelijk is, zal de schuldenaar dan ook niet meer hoeven te presteren. Ten tweede kan een onmogelijkheid tot nakoming ook nog definitief zijn, waardoor presteren in de toekomst sowieso niet mogelijk zal worden. De advocaat zal in dergelijke gevallen dan ook volledig bevrijd worden van zijn verplichting tot nakomen van zijn verbintenis.<sup>151</sup>

**117. SLAAGKANS?**- De advocaat die zich beroept op overmacht zal echter sterke argumenten moeten kunnen voorleggen om zich op deze grond van zijn aansprakelijkheid te laten bevrijden. Aangezien het zeer moeilijk kan zijn om aan te tonen dat de gebeurtenis ontoerekenbaar is aan hem of één van zijn medewerkers, zijn er weinig voorbeelden te vinden van zaken waarin een advocaat zich hier succesvol op kon beroepen. Zo is bijvoorbeeld een poststaking veelal geen reden van overmacht voor het laattijdig indienen van een procedurestuk.<sup>152</sup>

### **e. Tussenkomst gerechtsdeurwaarder**

**118. VREEMDE OORZAAK?**- Vermits een advocaat op regelmatige basis samen zal moeten werken met een gerechtsdeurwaarder, is het vanzelfsprekend dat er wel eens discussie kan ontstaan omtrent de toerekenbaarheid van fouten. Wanneer een advocaat namelijk de opdracht geeft om een bepaald exploit te laten betekenen en de deurwaarder doet dit laattijdig, rijst de vraag wie hiervoor aansprakelijk gesteld kan worden. In het licht van het vorige onderdeel kan de advocaat namelijk trachten deze fout van de gerechtsdeurwaarder aan te voeren als een vreemde oorzaak waarvoor hij niet aansprakelijk gesteld kan worden, maar dit werd tot enkele jaren geleden maar zelden aanvaard. Het Hof van Cassatie oordeelde echter bij arrest van 9 november 2011 dat verlenging van een termijn wel degelijk mogelijk is wanneer de advocaat niet over een keuzemogelijkheid beschikte betreffende de gerechtsdeurwaarders. Dit is soms het geval wanneer er handelingen gesteld dienen te worden door een gerechtsdeurwaarder die enkel door de deurwaarder met een monopolie in een bepaald gebied gesteld mogen worden. Hoewel het dus niet volstrekt onmogelijk is, lijkt een toepassing van dit verweer op dit specifieke onderzoek sowieso zeer moeilijk, aangezien het hoofdzakelijk de adviesplicht van de advocaat betreft.<sup>153</sup>

### **Afdeling 3. Grond van de eventuele aansprakelijkheidsvordering: toetsing**

**119. INLEIDING**- Nu verduidelijkt is hoe de precieze verhouding tussen de advocaat en de cliënt er uit kan zien en hoe de aansprakelijkheidsstelling kan verlopen, kan het concrete geval van het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling getoetst worden aan het algemene kader van de professionele aansprakelijkheid van de advocaat.

**120. ADVIESPLICHT**- Wanneer een cliënt van mening is dat zijn eigen expertise niet voldoende is om om te gaan met een bepaalde situatie of een bepaald conflict, kan hij steeds beroep doen op een raadsman. Op het ogenblik dat de cliënt een geschikte raadsman gevonden denkt te hebben,

---

<sup>151</sup> S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht- Boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 152-154.

<sup>152</sup> M. LERNOUT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht", *TBBR* 2015, afl. 6, 291.

<sup>153</sup> Cass. 9 november 2011, AR P.11.1027.F; G. SCHOORENS, "De laattijdige betekening van een rechtsmiddel door de fout van de gerechtsdeurwaarder: een geval van overmacht" (noot onder Cass. 9 november 2011, AR P.11.1027.F.), *T. Strafr.* 2012, afl.1, 39-40.



verwacht hij van deze dat hij hem te goeder trouw voldoende zal informeren over de mogelijkheden waarover de cliënt beschikt. Dit vloeit voort uit de verplichting tot advies die inherent is aan zijn beroep van raadsman. De specifieke verhouding die ontstaat tussen de advocaat en de cliënt wordt geacht van contractuele aard te zijn.

**121. BEWIJSLAST: CLIËNT-** Het lijkt het meeste aangewezen om de plicht tot het verschaffen van informatie door de advocaat aan zijn cliënt te kwalificeren onder zijn plicht tot voorlichting en advies. Naargelang het al dan niet spontaan verstrekken van de informatie dient binnen deze verplichting echter nog een opdeling gemaakt te worden. Een eerste optie is om het geven van dit advies te zien als voorlichtingsplicht, aangezien men zou kunnen stellen dat de advocaat spontaan alle mogelijkheden aan zijn cliënt dient voor te leggen. Men zou echter ook kunnen stellen dat de informatieplicht onder de adviesverplichting valt wanneer de cliënt met de uitdrukkelijke vraag wat zijn mogelijkheden zijn naar de advocaat komt. Hoewel het verschil tussen beide vooral zit in het al dan niet spontaan verstrekken van de informatie door de advocaat, zijn de gevolgen voor deze kwalificatie eerder miniem te noemen. Omtrent de bewijslast van het voldoen aan deze verplichting is er echter nog discussie in zowel de rechtspraak als de rechtsleer. Volgens de Franstalige kamer van het Hof van Cassatie ligt de bewijslast bij de informatieplichtige, wat voor advocaten het zorgen van bewijs met betrekking tot meegedeelde informatie belangrijk maakt. De Nederlandstalige kamer van het Hof besliste een dag later daarentegen dat inzake de professionele aansprakelijkheid de bewijslast op de informatiegerechtigde ligt, wat enkel nog maar voor meer onduidelijkheid gezorgd heeft. Het lijkt echter aangewezen om voor verbintenissen zoals in dit onderzoek de algemene principes te volgen inzake de bewijslast. Dit zorgt ervoor dat in situaties waarbij de advocaat onvoldoende geweest heeft op de mogelijkheid tot bemiddeling de cliënt zal dienen aan te tonen dat de advocaat in gebreke gebleven is. Dit zal hij trachten te doen door aan te tonen dat de advocaat niet handelde zoals een normaal, voorzichtig en vooruitziend advocaat in die omstandigheden behoorde te doen.

**122. BEWIJS OPDRACHT-** De cliënt die stelt dat zijn advocaat hem onvoldoende geweest heeft op de mogelijkheid tot bemiddeling zal trachten schadevergoeding te bekomen van zijn raadsman door deze aansprakelijk te stellen. Teneinde een succesvolle vordering in te stellen en een (gedeeltelijke) vergoeding van zijn schade te verkrijgen, dient de cliënt aan te tonen dat er aan een reeks voorwaarden voldaan is. Zo zal hij ingevolge artikel 1315 B.W. dienen aan te tonen dat er een opdracht in hoofde van de advocaat bestond. Aangezien de plicht tot inlichtingen en advies van de advocaat een dergelijk fundamentele verplichting uitmaakt die inherent is aan het beroep, kan het zijn dat dit niet uitdrukkelijk in het contract is opgenomen. Bij gebrek aan schriftelijke overeenkomst of bij gebrek aan vermelding van deze verbintenis in het gesloten contract kan de cliënt zich nog steeds beroepen op de onmogelijkheid om schriftelijk bewijs te leveren ingevolge een vaststaand en algemeen gebruik. Men kan namelijk stellen dat het logisch en gebruikelijk is dat de advocaat zijn cliënt steeds zo goed als mogelijk zal inlichten en adviseren omtrent de mogelijkheden waarover hij beschikt, waardoor de verplichting ook zonder uitdrukkelijke overeenkomst bestaat.

**123. INBREUK VERBINTENIS-** Hoewel het nu reeds duidelijk is dat de cliënt het waarschijnlijk aannemelijk kan maken dat er een opdracht bestond in hoofde van de advocaat, is dit niet voldoende. De cliënt zal namelijk ook dienen aan te tonen dat de bestaande verbintenis niet nagekomen werd.

Voor de cliënt die te weinig informatie kreeg kan het leveren van dit bewijs zeer problematisch blijken, omdat hij zal moeten bewijzen dat hij iets niet gekregen heeft. Er dient hier dus een negatief feit bewezen te worden.

**124. FOUT VAN ADVOCaat-** Wanneer de cliënt kan aantonen dat de advocaat een bepaalde verplichting had en dat hij deze niet is nagekomen, dient de cliënt ook nog te bewijzen dat er een fout gemaakt werd door de advocaat. Het niet nakomen van de verbintenis is op zich dus niet voldoende om de advocaat aansprakelijk te stellen. De niet-nakoming moet hem namelijk ook toegerekend kunnen worden. Om te kunnen spreken van een fout in hoofde van de advocaat dienen we zijn gedrag dan ook te toetsen aan het gedrag van een normaal, zorgvuldig en vooruitziend advocaat. Wanneer de raadsman zijn cliënt dus niet voldoende informatie of advies geeft en hem onvoldoende wijst op de mogelijkheid tot bemiddeling hoewel deze mogelijkheid zeker aanwezig was, zal dat een inbreuk uitmaken van zijn inspanningsverbintenis tot het verschaffen van advies en informatie. Daar het een inbreuk op een inspanningsverbintenis betreft, zal de cliënt de bewijslast hiervan dragen. Deze zal dus aan moeten tonen dat de handelingen van de advocaat niet overeenstemmen met die van een normaal, zorgvuldig en vooruitziend advocaat. Indien de cliënt dit kan aantonen, zal het nalaten van de advocaat als fout gekwalificeerd kunnen worden. Men kan in dit concrete geval er echter wel stellen dat wanneer bewezen is dat de advocaat de informatie niet gegeven heeft en er dus een inbreuk was op zijn verbintenis, dit automatisch te wijten is aan een fout van advocaat.

**125. AANTONEN SCHADE-** Indien de cliënt ondanks de vele moeilijkheden er toch in slaagt om te bewijzen dat hem onvoldoende gewezen werd op de mogelijkheid om zijn geschil op te lossen via bemiddeling en hij kan aantonen dat dit gebrek aan informatie te wijten was aan een fout van de advocaat, zal hij moeten bewijzen dat hij schade geleden heeft. Ook bij deze voorwaarde stelt zich een probleem: normaliter is namelijk vereist dat de schade die men aanhaalt 'zekere schade' is. Dit wil zeggen dat er een 'gerechtelijke zekerheid' moet zijn dat de schade bestaat. Het moet dus niet absoluut zeker zijn, maar het moet in die mate zeker zijn dat de rechter niet geacht wordt nog rekening te houden met andere mogelijkheden. Met betrekking tot het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling is er waarschijnlijk echter geen sprake van een gerechtelijke zekerheid. Door het gebrek aan informatie zal de cliënt waarschijnlijk 'gekozen' hebben om zijn geschil voor te leggen aan een rechter, waardoor een bepaalde uitkomst van het geschil hem opgelegd zal worden. Er is echter geen enkele garantie dat indien de cliënt een andere optie gekozen had, de uitkomst van het geschil anders zou zijn geweest. Aangezien er daar geen zekerheid over is, kan men geen verschil maken tussen de hypothetische toestand waarin de cliënt zich bevindt na het schadegeval en de toestand waarin de cliënt gebleven zou zijn indien het schadegeval niet had plaatsgevonden, en bijgevolg geen schade bepalen.

**126. ONZEKERE SCHADE: VERLIES VAN EEN KANS-** In het Belgische recht is men deze moeilijkheid echter tegemoet gekomen door de invoering van de verlies van een kans- leer. Hoewel er verschillende rechtspraak te vinden is over de toepassing van deze leer, kunnen we besluiten dat deze vandaag de dag wel degelijk gebruikt kan worden in sommige gevallen waar de schade niet helemaal zeker is. Op basis van deze leer kan men dan ook geen integrale vergoeding vorderen voor de volledige schade, maar enkel voor het verlies van de kans om een nadeel te vermijden of een voordeel te verwerven. Wanneer dit toegepast wordt op het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot

bemiddeling kan gesteld worden dat men hier vergoeding zal vorderen voor het verlies van de kans op een andere uitkomst die bereikt had kunnen worden door het kiezen voor bemiddeling indien men voldoende gewezen werd op het bestaan van deze mogelijkheid. Wanneer dergelijke vergoeding toegekend wordt zal dit verhoudingsgewijs –en dus niet integraal- gebeuren. Ter toepassing van deze leer dienen er echter wel enkele voorwaarden vervuld te zijn. Zo zal er eerst en vooral sprake moeten zijn van een ontnomen kans. Wanneer de gerechtelijk procedure is opgestart en beide partijen zijn akkoord tot het opstarten van een poging tot bemiddeling is een gerechtelijke bemiddeling wel een optie. In de hypothese dat er echter reeds een gerechtelijke uitspraak is er wel sprake van een ontnomen kans, aangezien bemiddeling in dat geval niet meer mogelijk is. De mogelijkheid op een betere uitkomst via bemiddeling is dus aan de cliënt ontnomen. Logischerwijs zal de kans hierdoor ook definitief verloren zijn, aangezien er niets meer te bemiddelen valt. Ook de tweede voorwaarde die voldaan moet zijn ter toepassing van deze leer lijkt dus vervuld.

Als derde voorwaarde wordt gesteld dat er een reële kans verloren dient te zijn. Wanneer er echter sprake is van het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling, impliceert dit echter al dat er een reële mogelijkheid was om tot een vergelijk te komen via bemiddeling. Indien er totaal geen mogelijkheid was om het geschil op te lossen via bemiddeling zou het namelijk ook geen fout uitmaken in hoofde van de advocaat wanneer hij hier slechts geringe informatie over zou gegeven hebben. Hierdoor kan men er dus ook van uit gaan dat wanneer men beslist dat de advocaat een fout begaan heeft door onvoldoende te wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling, men impliciet stelt dat er een reële kans op een andere uitkomst aan de cliënt ontnomen werd.

Een vierde en laatste voorwaarde die onderscheiden kan worden is dat er een oorzakelijk verband dient te bestaan tussen de gemaakte fout –het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling- en de schade –het verlies van de kans op een betere uitkomst-. Met betrekking tot dit specifieke geval lijkt het bewijs hiervan weinig moeilijkheden op te leveren, aangezien het aannemelijk gemaakt kan worden door de cliënt dat indien hij beter geïnformeerd zijn beslissing had kunnen nemen, hij voor bemiddeling had gekozen.

**127. VERWEER ADVOCAAAT-** De advocaat heeft verschillende verweermiddelen die hij kan inroepen wanneer hij aansprakelijk gesteld wordt door zijn cliënt. Er lijken echter maar weinig van deze verweermiddelen toepasselijk op het geval van het nalaten om voldoende te wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling. Hoewel een contractueel beding dat hem uitsluit voor aansprakelijkheid met betrekking tot zijn hoofdverplichtingen de verbintenissen van de advocaat zou uithollen en bijgevolg niet toegelaten is, kan hij wel een geschrift opstellen waarin vermeld wordt dat de advocaat de nodige informatie gegeven heeft over bemiddeling maar dat de cliënt een andere procedure verkiest. Hierdoor zou hij aan kunnen tonen dat hij wel degelijk aan zijn verplichting voldaan heeft in gevallen dat opgeworpen wordt dat hij zijn verbintenis niet is nagekomen. Andere verweermiddelen, zoals zich beroepen op andermans fouten of overmacht, lijken sowieso niet succesvol ingeroepen te kunnen worden. Het (foutief) gedrag van de cliënt kan eventueel wel meespelen in de beoordeling van de aansprakelijkheid van de advocaat naargelang de feiten in een concrete situatie. De cliënt kan bijvoorbeeld weinig of foutieve informatie geven waardoor hij de indruk wekt dat bemiddeling sowieso niet mogelijk is, terwijl dat op basis van een analyse van de juiste informatie wel mogelijk blijkt.

**128. GEEN SAMENLOOP-** Als laatste rest er nog de vraag of een advocaat zowel contractueel als buitencontractueel aansprakelijk gesteld kan worden voor zijn foutieve gedrag. In dat geval zou er namelijk sprake zijn van samenloop. Aangezien er voor de toepassing van samenloop vereist is dat zowel de fout van de advocaat als de ontstane schade niet louter contractueel zijn, zal samenloop in dit geval waarschijnlijk niet spelen en zal de cliënt zich enkel kunnen beroepen op de contractuele aansprakelijkheid van de advocaat.



## Hoofdstuk 3. De aansprakelijkheid van de notaris

**129. INLEIDING** – Wanneer iemand een probleem wil voorleggen aan een juridische expert hoeft men dit niet steeds te doen bij een advocaat. Een notaris, die vooral aan bod komt bij het opstellen van overeenkomsten, kan als juridisch expert ook cliënten bijstaan op bepaalde vlakken. Wanneer hij merkt dat er een probleem is tussen de verschillende partijen die voor hem zitten, zal hij dit in de eerste plaats trachten op te lossen op basis van zijn persoonlijke ervaring. Een notaris krijgt echter ook regelmatig te maken met (bijvoorbeeld) echtsscheidingsdossiers of erfeniskwesties, waar de eigen ervaring niet steeds zal bijdragen aan een oplossing. Wanneer hij echter aanvoelt dat er wel ruimte is voor bemiddeling tussen de partijen, kan hij zijn cliënt(en) adviseren om dit een kans te geven. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden of de notaris zijn aansprakelijkheid in het gedrang komt wanneer hij onvoldoende wijst op deze mogelijkheid tot bemiddeling. Het onderzoek zal betrekking hebben op de notaris in zijn rol van adviseur, niet op die van bemiddelaar. Hij zal dan ook vaak doorverwijzen naar een bemiddelaar en de bemiddeling dus niet noodzakelijk zelf begeleiden.<sup>154</sup>

### **Afdeling 1. Verhouding tussen de cliënt en de notaris**

**130. ALGEMEEN**– Inzake de aansprakelijkheid maakt men een onderscheid tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Indien de aansprakelijkheid van de notaris beoordeeld wordt zal eerst de aard van de verhouding tussen de cliënt en de notaris bestudeerd moeten worden, omdat de aard van de verhouding de aard van het aansprakelijkheidsregime zal bepalen.

**131. VERSCHILLENDE FUNCTIES**–Van oudsher wordt er een onderscheid gemaakt naargelang de functie waarin de notaris optreedt. Er worden twee functies onderscheiden: enerzijds kan de notaris optreden als openbaar ambtenaar, anderzijds kan hij optreden als juridisch adviseur of zakenman. Omdat de beoordeling van de relatie met de cliënt verschillend loopt naargelang de functie die de notaris bekleedt, zal elke functie hieronder afzonderlijk besproken worden.<sup>155</sup>

**132. OPENBAAR AMBTENAAR**– In de eerste plaats is de notaris bekleed met overheidsgezag. Dit zal het geval zijn wanneer hij in zijn functie uitvoerbare kracht en authentieke bewijswaarde verleent aan overeenkomsten. Gezien hij over een deel van het overheidsgezag beschikt bij het uitoefenen van deze functie en zijn functie dus voortvloeit uit de wet, dient hij bij het uitoefenen hiervan dan ook bepaalde wettelijke verplichtingen na te leven.<sup>156</sup> Bij het aantreden in deze functie kan hij

---

<sup>154</sup> X, "Notaris", <http://www.fbc-cfm.be/nl/inhoud/notaris>.

<sup>155</sup> S. DE JONGHE, "Notariële aansprakelijkheid" in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN e.a., *Rechtskroniek voor het notariaat- Deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 35-38; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 48-49.

<sup>156</sup> Artikel 1 Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt, BS 16 maart 1803; S. DE JONGHE, "Notariële aansprakelijkheid" in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN e.a., *Rechtskroniek voor het notariaat- Deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 35; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 49-52.

ingevolge artikel 3 Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt (hierna: Wet Notarisambt) zijn opdracht niet weigeren.<sup>157</sup>

**133. JURIDISCH ADVISEUR/ZAKENMAN**– Naast deze functie met wettelijke verplichtingen kan de notaris ook nog andere functies bekleden. Uit artikel 1 van de Wet Notarisambt kan men afleiden dat de notaris steeds zal optreden in de hoedanigheid van juridisch adviseur of zakenman wanneer hij geen van de volgende drie opdrachten uitvoert: (I) het verlenen van authenticiteit van overheidsakten, (II) het verzekeren van de dagtekening van overheidsakten of (III) het in bewaring houden en het afgeven van grossen en uitgiften.<sup>158</sup> Wanneer de notaris dus een onderhandse koopakte opmaakt, zal hij in deze functie aantreden. Het Hof van Cassatie bevestigde dit bij arrest van 23 oktober 2008.<sup>159</sup>

**134. GEVOLGEN ONDERSCHIED**– De kwalificatie van de notaris zijn functie bij het uitvoeren van zijn opdracht is van groot belang voor de cliënt, aangezien dit het toepasselijke aansprakelijkheidsregime zal bepalen. Traditioneel wordt namelijk aangenomen dat de verhouding tussen de notaris en de cliënt buitencontractueel zal zijn wanneer de notaris optreedt als openbaar ambtenaar.<sup>160</sup> Dit vloeit onder andere voort uit artikel 3 Wet het de Notarisambt, wat stelt dat de notaris in deze gevallen zijn opdracht niet kan weigeren. Hierdoor kan men dus niet spreken van een contractuele relatie. Wanneer de notaris echter aantreedt als juridisch adviseur of zakenman, zal zijn relatie tot de cliënt wel contractueel van aard zijn.<sup>161</sup>

**135. GWH: VERVAGING ONDERSCHIED?**– Omdat de notaris vaak verschillende opdrachten uitvoert, kan het een hele opgave betekenen om uit te maken in welke functie hij aantreedt ten aanzien van zijn cliënt. Voor het Grondwettelijk Hof werd het onderscheid dat men steeds diende te maken dan ook in vraag gesteld bij arrest van 13 december 2012. De zaak ten gronde betrof een notaris die een professionele fout beging door in de authentieke akte verkeerdelijk te vermelden dat een onroerend goed slechts belast was met één hypotheekinschrijving, terwijl dit er in werkelijkheid twee waren. De slachtoffers wilden logischerwijze hun schade vergoed zien. De eerste rechter oordeelde dat de aansprakelijkheid van de notaris in dit geval contractueel van aard is, terwijl het Hof van Beroep van mening is dat de verhouding tussen de cliënt en de notaris in dit geval buitencontractueel is. De notaris stelt dan weer dat de vordering verjaard is door toepassing van artikel 2262bis B.W. Teneinde deze onzekerheid weg te nemen stelde het Hof van Beroep te Bergen een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. De prejudiciële vraag luidde als volgt:<sup>162</sup>

*‘Schenden het eerste en het tweede lid van paragraaf 1 van artikel 2262bis van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij een onverantwoorde discriminatie in het leven roepen tussen:*

<sup>157</sup> Artikel 3 Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>158</sup> Artikel 1 Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>159</sup> Cass. 23 oktober 2008, C.06.0158.F en C.06.0478.F/7.

<sup>160</sup> Cass 24 september 2004, Rev.not.b. 2009, afl. 3028, 214; Cass. 24 september 2009, C/08.0617.N/9.

<sup>161</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 110.

I. SAMOY en K. RONSIJN, “De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap”, in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 48.

<sup>162</sup> GwH 13 december 2012, nr. 150/2012.

- *het slachtoffer dat het herstel vordert van de schade die door een contractuele fout werd berokkend,*
- *en het slachtoffer dat het herstel vordert van de schade die door een buitencontractuele fout werd berokkend?'*

Bij de beantwoording van deze vraag stelde het Grondwettelijk Hof onder meer dat onder andere uit de Wet Notarisambt blijkt dat de adviesplicht van de notaris niet verschillend is naargelang de specifieke functie waarin hij optreedt. Hij is namelijk verplicht om in alle gevallen dezelfde zorgvuldigheid aan de dag te brengen. Hieronder wordt zowel de objectiviteit, de onafhankelijkheid, de integriteit en de onpartijdigheid verstaan. De adviesplicht is bijgevolg dezelfde in een contractuele en een buitencontractuele situatie. Het grootste gevolg van deze uitspraak is dat een rechter bij beslechting van een gelijkaardige zaak op dezelfde wijze zal moeten oordelen als het Hof in deze zaak gedaan heeft.

**136. HOF VAN CASSATIE-** Het Hof van Cassatie beslechtte op 6 juni 2013 een gelijkaardige zaak. In deze zaak diende de notaris in opdracht van een financiële instelling een kredietakte voor te bereiden en te verlijden volgens bepaalde instructies. Na het verlijden van de akte bleek echter dat de kredietnemer onder andere een valse identiteitskaart gebruikte en dus een oplichter was. In de zaak ten gronde oordeelde de rechter dat het de taak van de notaris was om de gekregen informatie voldoende te controleren en dat hij dit nagelaten had. De rechter oordeelde dat het gemakkelijk was om de gekregen informatie na te gaan in het rijksregister en zodoende te ontdekken dat de kredietnemer een oplichter was. Daarnaast oordeelde de rechter ook nog dat de notaris extra waakzaam had moeten zijn aangezien de kredietnemer een aanzienlijk deel van de te betalen som cash voldaan had. Hieruit concludeerde de rechter dan ook dat de aansprakelijkheid van de notaris van contractuele aard was, aangezien de notaris meer diende te doen dan enkel maar een akte te authenticeren. Hij had namelijk duidelijke, omvangrijke instructies verkregen van zijn opdrachtgever (de kredietgever). De notaris is het hier echter niet mee eens en stelt voor het Hof van Cassatie dat zijn aansprakelijkheid van buitencontractuele aard was aangezien hij optrad als openbaar ambtenaar. Het Hof volgde de argumentatie van de notaris echter niet en verwierp het Cassatieberoep van de notaris door te stellen dat de aansprakelijkheid in deze concrete casus van contractuele aard is.<sup>163</sup>

**137. CONCLUSIE RECHTSPRAAK-** Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie kan dus geconcludeerd worden dat het traditionele onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid van de notaris naargelang zijn hoedanigheid niet zonder meer toegepast kan worden. Er kan dus gesteld worden dat, behalve indien de notaris aangesteld werd door een rechter, er sprake is van een contractuele verhouding tussen de cliënt en de notaris. Hieruit volgt dan dat diens aansprakelijkheid ook contractueel zal zijn. Daardoor rijst de vraag in hoeverre het onderscheid tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de notaris stand zal houden in de toekomst, aangezien de notaris volgens recente rechtspraak van het Hof van

---

<sup>163</sup> Cass. 6 juni 2013, C.12.0224.F; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 56-57.



Cassatie ook contractueel aansprakelijk gesteld kan worden bij de uitoefening van zijn functie als openbaar ambtenaar.<sup>164</sup>

**138. RELEVANTIE AARD-** Omdat het verschil steeds kleiner geworden is, is het relevant te kijken naar de verschillen tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Met betrekking tot deze verschillen kan verwezen worden naar de bespreking hiervan met betrekking tot de aansprakelijkheid van de advocaat. (supra randnummer 97-102) Belangrijk om hierbij te vermelden is echter het verschil inzake de aansprakelijkheid voor andermans daad. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de notaris is hieromtrent een bepaling opgenomen in de Wet Notarisambt. Hoewel de bepaling niet expliciet over de aansprakelijkheid van de notaris gaat, legt artikel 6,4° Wet Notarisambt de notaris het verbod op om zich te laten vervangen door zijn klerken voor het verlijden van akten. Hieruit volgt dat hij zich in zijn hoedanigheid van openbaar ambtenaar zich niet zal kunnen laten vervangen, waardoor artikel 1384, lid 3 BW. niet toegepast zal kunnen worden.<sup>165</sup>

### **§1. Verplichtingen notaris**

**139. MEERDERE SOORTEN-** Uit het feit dat de notaris verschillende hoedanigheden kan bekleden in zijn relatie tot de cliënt kan afgeleid worden dat hij ook verschillende verplichtingen kan hebben, al dan niet contractueel. Naast de uitdrukkelijke wettelijke opdracht tot het verlenen van authenticiteit aan bepaalde akten –de instrumenterende functie-, heeft de notaris ook nog een bijstandsverplichting. De bijstandsverplichting bestaat op zich ook nog uit verschillende kleinere verbintenissen.<sup>166</sup> De verbintenissen die de notaris aan kan gaan zullen hieronder besproken worden.

#### **a. Het verlenen van authenticiteit**

**140. AUTHENTICEREN-** Een eerste taak van de notaris vinden we terug in artikel 1 Wet Notarisambt. Dit artikel stelt dat de notaris als openbaar ambtenaar optreedt wanneer hij authenticiteit verleent aan akten en contracten. Daarnaast kan hij ook nog dagtekening van deze akten verzekeren, ze in bewaring houden of er grossen en uitgften van afgeven.<sup>167</sup> In deze verbintenis zit echter ook de bijstandsverplichting verborgen, aangezien de notaris aan *actieve authenticatie* dient te doen. Dit houdt in dat hij niet alleen moet zorgen voor de effectieve totstandkoming van de aktes en contracten, maar ook een bepaalde adviesrol dient te vervullen in het proces richting de totstandkoming.<sup>168</sup>

**141. BIJZONDERE BEWIJSKRACHT-** De authenticatie van een akte dient vooral ter bewijs. De akte, opgesteld door een openbaar ambtenaar, toont aan dat een bepaalde rechtshandeling bestaat. Door deze authenticiteit kan een partij de elementen opgenomen in de akte enkel nog maar aanvechten door een procedure van valsheid en geschriften in te stellen tegen de notaris. Deze moeilijke

---

<sup>164</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 57.

<sup>165</sup> Artikel 1384, derde lid Burgerlijk Wetboek; Artikel 6,4° Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 58-62.

<sup>166</sup> H. CASMAN, "De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen" in H. VANDENBERGHE e.a., *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2004, 187-197.

<sup>167</sup> Artikel 1 Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>168</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 47 & 58.

aanvechtbaarheid is meteen ook een sterkte van dit soort aktes, aangezien ze ervoor zorgen dat de elementen die opgenomen zijn in dergelijke aktes sterk gegarandeerd worden. Gezien deze sterkte is het belangrijk dat alles goed verloopt, wat meteen de keuze om ze steeds op te laten stellen door een openbaar ambtenaar kan verklaren. In deze elementen verschilt de authentieke akte dan ook van de onderhandse akte, die partijen op kunnen stellen zonder de tussenkomst van een openbaar ambtenaar. Een onderhandse akte beschikt bijgevolg ook niet over deze bijzondere bewijskracht.<sup>169</sup>

**142. REGISTRATIEPLICHT-** De notaris heeft ook de bevoegdheid om bepaalde belastingen ten voordele van de staat te innen, zoals de registratierechten. De notaris heeft ook de wettelijke verplichting om binnen de vijftien dagen na het verlijden van een authentieke akten deze te registreren. Dit kadert binnen zijn functie van openbaar ambtenaar.<sup>170</sup>

**143. BEWAARPLICHT-** Een andere verplichting die de notaris heeft is de bewaarplicht. Deze bewaarplicht geldt voor de originele authentieke akte, en dit voor een periode tussen de vijftig en de vijfenzeventig jaar. Het originele exemplaar zal hij gedurende deze periode dienen te bewaren, maar hij kan echter wel een uittreksel of een kopie afleveren.<sup>171</sup>

## **b. Bijstandsverplichting**

**144. BIJSTAND VERLENEN-** Een tweede kenmerkende hoofdverplichting die onderscheiden kan worden is de bijstandsverplichting. Deze verplichting bestaat echter uit vele kleinere verplichtingen die allemaal onder deze hoofdcategorie vallen. In een eerste fase behelst deze plicht de informatieplicht, de raadgevingsplicht en de waarschuwingsplicht. Daarnaast heeft hij in een tweede fase een onderzoeksplicht en in een derde fase een plicht tot het opstellen van de akte.<sup>172</sup>

**145. GRONDSLAG-** De bijstandsverplichting van de notaris kan zowel voortvloeien uit een contract als uit de wet. Hij kan zich dus contractueel verbinden ten aanzien van een cliënt om deze bij te staan met raad of deze bepaalde informatie te verschaffen. Wanneer deze verplichting contractueel vastgelegd wordt door de partijen kunnen ze zelf de omvang van deze verplichting bepalen, zolang er geen inbreuk is op regels van dwingend recht of van openbare orde. Afhankelijk van het specifieke contract zal dan ook uitgemaakt dienen te worden, op basis van de intenties van de partijen, of het in casu een resultaats- dan wel een inspanningsverbintenis betreft.<sup>173</sup>

De bijstandsverplichting heeft echter ook een grondslag buiten de uitdrukkelijke contractuele bepaling. Dit zien we terug in artikel 9, §1, derde lid Wet Notarisambt, wat stelt dat:

---

<sup>169</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 47-49.

<sup>170</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 49-40.

<sup>171</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 55.

<sup>172</sup> H. CASMAN, "De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen" in H. VANDENBERGHE e.a., *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2004, 207-214; S. DE JONGHE, "Notariële aansprakelijkheid" in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN e.a., *Rechtskroniek voor het notariaat-Deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 38-43; A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 61-68.

<sup>173</sup> S. DE JONGHE, "Notariële aansprakelijkheid" in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN e.a., *Rechtskroniek voor het notariaat- Deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 39.

*'De notaris licht elke partij altijd volledig in over de rechten, verplichtingen en lasten die voortvloeien uit de rechtshandelingen waarbij zij betrokken is en geeft aan alle partijen op onpartijdige wijze raad.'*<sup>174</sup>

De notaris zal dus steeds over deze bijstandsverplichting beschikken, of er nu een contractuele precisering van de verplichting opgenomen is of niet.

**146. EERSTE FASE-** Zoals reeds gesteld werd beschikt de notaris over verschillende verplichtingen binnen de bijstandsplicht. In een eerste fase dient de notaris zijn cliënt van de nodige informatie te voorzien. Om zijn cliënt voldoende te kunnen informeren is het belangrijk dat hij weet wat de cliënt zijn wensen zijn. De notaris zal dan ook op een interactieve manier dienen samen te zitten met zijn cliënt teneinde deze zijn werkelijke wil te achterhalen. Als hij de intentie van zijn cliënt heeft kunnen achterhalen, zal hij deze dienen in te lichten over de mogelijkheden waarover deze beschikt. Het is belangrijk dat hij hierbij de cliënt wijst op de mogelijke gevolgen van iedere optie.<sup>175</sup>

Nadat hij de cliënt heeft ingelicht over de mogelijke opties en de gevolgen van iedere optie, zal de cliënt waarschijnlijk beroep doen op de (juridische) expertise van de notaris door hem om advies te vragen. Om zijn raadgevingsplicht op een zo goed mogelijke wijze in te vullen, zal het belangrijk zijn voor de notaris om een goede evenwichtsoefening te maken van de opties die zich aanreiken in een concrete situatie.<sup>176</sup>

Ondanks het feit dat de notaris steeds de opties goed overwogen heeft en de beste mogelijkheid voorlegt aan zijn cliënt, wil dit niet steeds zeggen dat de cliënt ook voor deze mogelijkheid kiest. Zeker in emotionele geschillen zoals echtscheidingen of erfeniskwesties kan het zijn dat de cliënt een bepaald proces in gedachten had en dit wil volgen, ondanks het feit dat dit niet de beste optie is volgens de notaris. Wanneer de cliënt van plan is om het advies van de notaris in de wind te slaan en een andere optie te kiezen, heeft de notaris echter wel de plicht om zijn cliënt te waarschuwen hiervoor. Hij dient zijn cliënt er dus uitdrukkelijk op te wijzen dat dit niet de best mogelijke optie is. De notaris mag dit echter niet zo ver drijven dat hij zijn voorgestelde mogelijkheid wil opleggen aan de partijen. De uiteindelijke keuze behoort dus bij de cliënt te liggen.<sup>177</sup>

De problematiek van dit onderzoek situeert zich in deze eerste fase, waarin de taken van de notaris zeer ruim zijn. Gezien hij in deze fase veel verplichtingen heeft en deze verplichtingen over het algemeen zeer ruim geïnterpreteerd kunnen worden, zal hij dan ook over een zeer omvangrijke aansprakelijkheid beschikken bij het uitoefenen van deze taken.

**147. TWEDE FASE-** Hoewel de notaris een deel van de informatie sowieso rechtstreeks zal verkrijgen van zijn cliënt, dient hij toch steeds de juistheid van deze informatie te controleren. De notaris kan er niet zonder meer van uitgaan dat de verklaringen van zijn cliënt stroken met de werkelijkheid. De

---

<sup>174</sup> Artikel 9,§1, derde lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>175</sup> S. DE JONGHE, "Notariële aansprakelijkheid" in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN e.a., *Rechtskroniek voor het notariaat- Deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 39; A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 61-62.

<sup>176</sup> C. AUGHUET, A. CULOT, A. DE LOVINFOSSE, *A l'origine de la responsabilité du notaire: la préparation d'un dossier de vente et de succession*, Brussel, Larcier, 2011, 10-13; A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 62.

<sup>177</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 62-63.

notaris heeft dus ook een onderzoeksplicht: hij zal de verklaringen moeten toetsen aan de werkelijkheid. Dit onderzoek kan onder andere inhouden dat hij documenten opvraagt bij één van de partijen of een andere instantie. (bv de gemeente)<sup>178</sup>

**148. DERDE FASE-** Wanneer de notaris zijn cliënt advies heeft gegeven omtrent zijn geschil en de nodige informatie gekregen en onderzocht heeft, kan hij overgaan tot het opstellen van de akte. Bij het opstellen van deze akte moet de notaris uiteraard rekening houden met de werkelijke wil van de partijen, maar ook met de werkelijke omstandigheden, aangezien het initiële doel van deze akte net is om het bewijs te leveren van bepaalde rechtshandelingen of gebeurtenissen.<sup>179</sup>

## **Afdeling 2. De burgerlijke aansprakelijkheid van de notaris.**

**149. AANSPRAKELIJKHEID-** Welke verhouding er ook bestaat tussen de cliënt en de notaris en welk regime ook van toepassing is, wanneer de cliënt een notaris aansprakelijk wil stellen zal hij hoe dan ook moeten bewijzen dat deze een fout begaan heeft, dat hijzelf schade geleden heeft en dat er een oorzakelijk verband is tussen de fout van de notaris en de schade die hij geleden heeft. Omdat de cliënt die onvoldoende geweest werd op de mogelijkheid tot bemiddeling hoofdzakelijk zijn schade vergoed zal willen zien, zal er ook hier enkel ingegaan worden op de burgerlijke aansprakelijkheid van de notaris.

### **§1. Voorwaarden**

#### **a. Fout**

**150. CONTRACTUELE FOUT-** Wanneer de aansprakelijkheid van de notaris contractueel van aard is, zal de cliënt aan dienen te tonen dat de notaris een fout heeft begaan. Om dit bewijs te leveren zal hij aan moeten tonen dat de notaris één van de hierboven besproken contractuele verbintenissen niet is nagekomen. Net zoals bij de aansprakelijkheid van de advocaat kan er ook hier de opdeling gemaakt worden tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen. Deze kwalificatie heeft vooral gevolgen voor de bewijslast. Bij een inspanningsverbintenis dient de cliënt aan te tonen dat de notaris niet de nodige inspanningen leverde om het resultaat te bereiken om te kunnen concluderen dat de notaris een fout heeft begaan, terwijl het bij een resultaatsverbintenis volstaat om aan te tonen dat het overeengekomen resultaat niet werd bereikt. Bij de inspanningsverbintenis vergelijkt men de notaris dan ook met een normaal, zorgvuldig en vooruitziend notaris in dezelfde omstandigheden geplaatst, bij de resultaatsverbintenis is dit niet nodig.<sup>180</sup>

**151. BUITENCONTRACTUELE FOUT-** Indien de aansprakelijkheid van de notaris als buitencontractueel beschouwd dient te worden, is het de taak van de cliënt om aan te tonen dat de handeling van de notaris de schending van een rechtsregel of wet uitmaakte. Er zal sprake zijn van een fout van de

---

<sup>178</sup> Rb. Luik (20<sup>e</sup> kamer), 28 november 2002, *J.T.* 2003, afl. 13, 256-257; C. AUGHUET, A. CULOT, A. DE LOVINFOSSE, *A l'origine de la responsabilité du notaire: la préparation d'un dossier de vente et de succession*, Brussel, Larcier, 2011, 28-29; M. COECKELBERGHS, "De notariële onderzoeksplicht", noot onder Rb. Brussel 16 maart 2006, *NFM* 2007, afl. 10, 313-314; S. DE JONGHE, "Notariële aansprakelijkheid" in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN e.a., *Rechtskroniek voor het notariaat- Deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 40-42 & 45; A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 65.

<sup>179</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 66-68.

<sup>180</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 98-100.

notaris wanneer zijn gedrag afwijkt van dat van een normaal, zorgvuldig en vooruitziend notaris in dezelfde omstandigheden geplaatst. Hoewel er bij de toetsing van dit criterium normaliter geen externe kenmerken in aanmerking mogen worden genomen, is dit voor beroepsbeoefenaars die hun diensten ter beschikking stellen van het publiek wel het geval. We dienen het gedrag van de notaris dus niet te toetsen aan het gedrag van eender welke persoon, maar aan dat van een normaal, zorgvuldig en vooruitziend notaris. Persoonlijke kenmerken zoals ervaring spelen echter geen rol in deze beoordeling.<sup>181</sup>

## **b. Schade**

**152. SCHADE UIT CONTRACTUELE VERHOUDING-** Met betrekking tot de contractuele schade dient er gekeken te worden naar artikel 1149 t.e.m. artikel 1151 B.W.<sup>182</sup> Zo stelt artikel 1149 dat de cliënt schadevergoeding kan eisen voor de verliezen die hij geleden heeft of de winst die hij heeft moeten derven.<sup>183</sup> De notaris zal ingevolge artikel 1150 B.W. echter wel slechts gehouden zijn tot het vergoeden van de schade die voorzienbaar was bij de sluiting van het contract.<sup>184</sup> Als laatste dient overeenkomstig artikel 1151 B.W. enkel de schade vergoed te worden die onmiddellijk en rechtstreeks het gevolg is van de niet-uitvoering van de overeenkomst.<sup>185</sup> De cliënt zal in deze dus aan dienen te tonen dat hij door de contractuele fout van de notaris zich in een slechtere positie bevindt dan dat hij zich zou hebben bevonden indien de notaris zijn verplichting wel (correct) nagekomen was.

**153. SCHADE UIT BUITENCONTRACTUELE VERHOUDING-** In tegenstelling tot in de contractuele verhouding zal de notaris gehouden zijn tot een integrale vergoeding van de schade wanneer hij buitencontractueel aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade. Zoals steeds zal de schade echter wel persoonlijk, zeker en rechtmatig dienen te zijn alvorens hij voor vergoeding in aanmerking kan komen.<sup>186</sup>

**154. VERLIES VAN EEN KANS-** In de praktijk zal de schade vaak het verlies van een kans uitmaken, wat resulteert in het slechts gedeeltelijk toekennen van een schadevergoeding. Dit omdat door toepassing van de verlies van een kans- leer er slechts vergoeding verschuldigd is voor het verlies van de kans, niet voor de integrale waarde van wat bereikt had kunnen worden.<sup>187</sup> Om niet in herhaling te vallen inzake de geschiedenis en de toepassing van deze leer, volstaat het om hier te verwijzen naar Hoofdstuk 2 met betrekking tot de aansprakelijkheid van de advocaat, aangezien deze leer hier op eenzelfde manier doorwerking heeft. (supra randnummer 83-89)

---

<sup>181</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 90-91.

<sup>182</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 100.

<sup>183</sup> Artikel 1149 Burgerlijk Wetboek.

<sup>184</sup> Artikel 1150 Burgerlijk Wetboek.

<sup>185</sup> Artikel 1151 Burgerlijk Wetboek.

<sup>186</sup> A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 95.

<sup>187</sup> Antwerpen 21 september 1992, RW 1993-94, 403; C. AUGHUET, A. CULOT, A. DE LOVINOSSE, *A l'origine de la responsabilité du notaire: la préparation d'un dossier de vente et de succession*, Brussel, Larcier, 2011, 49-50; H. CASMAN, "De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen" in H. VANDENBERGHE e.a., *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2004, 216.

### **c. Oorzakelijk verband**

**155. VERBAND TUSSEN FOUT EN SCHADE-** Ongeacht de aard van de aansprakelijkheid van de notaris zal er steeds een band moeten zijn tussen de fout van de notaris en de ontstane schade. Zonder het bestaan van een oorzakelijk verband tussen deze twee elementen kan er geen schadevergoeding geëist worden van de notaris. Het is dus de taak van de cliënt om te bewijzen dat de schade zich niet had voorgedaan zoals ze zich nu heeft voorgedaan wanneer de notaris geen fout had gemaakt. Wanneer hij dit niet kan aantonen, zal hij geen schadevergoeding kunnen verkrijgen.<sup>188</sup>

### **§2. Verweermiddelen notaris**

**156. ALGEMEEN-** Nu het kader uiteengezet is met de voorwaarden die voldaan dienen te zijn om een notaris aansprakelijk te stellen, dient er onderzocht te worden wat de notaris kan doen om zijn aansprakelijkheid (voorafgaandelijk) te beperken of om zich te verweren tegen een aansprakelijkheidsstelling. De mogelijkheden hiertoe worden elk afzonderlijk besproken.

#### **a. Contractueel beding**

**157. INHOUDSBEPALEND BEDING-** Een van de middelen die de notaris kan gebruiken om zijn aansprakelijkheid voorafgaandelijk te beperken is door het opnemen van een contractueel beding. Vooraf werd reeds de mogelijkheid besproken om de omvang van de bijstandsverplichting contractueel vast te leggen.(supra randnummer 145) Dit is het gevolg van de toelaatbaarheid van sommige inhoudsbepalende bedingen. Een bepaling in het contract tussen de notaris en de cliënt dat stelt dat de notaris aan zijn informatie- en raadgevingsverplichting voldaan heeft zal dus als geldig beschouwd worden.<sup>189</sup>

**158. EXONERATIEBEDING-** Hoewel er tussen inhoudsbepalende bedingen en exoneratiedingen in de praktijk slechts een dunne grens kan bestaan, is er veel meer discussie omtrent de toelaatbaarheid van exoneratiedingen in overeenkomsten tussen de notaris en zijn cliënt. Dit volgt onder andere artikel 8, eerste lid Wet Notarisambt wat stelt dat akten die een notaris dient te verlijden geen bepalingen mogen bevatten die hem (of aanverwanten) ten voordele kunnen komen.<sup>190</sup>

**159. DISCUSSIE RECHTSLEER-** In de rechtsleer is men het echter niet eenduidig eens met dit verbod op exoneratiedingen voor de notaris, aangezien men een onderscheid zou moeten maken tussen de verschillende hoedanigheden waarin de notaris kan optreden. Zo zouden exoneratiedingen enkel strijdig zijn met de openbare orde wanneer de notaris optreedt in zijn functie van openbaar ambtenaar. Als hij zou optreden als zakenman, en dus rechtstreeks een contract kan afsluiten of onderhandelen met zijn cliënt, is een verbod op exoneratiedingen niet noodzakelijk. In dergelijke gevallen zou het gemeen recht dus kunnen spelen, en zijn exoneratiedingen in principe geldig

---

<sup>188</sup> H. CASMAN, "De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen" in H. VANDENBERGHE e.a., *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2004, 214-215; A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 95-98.

<sup>189</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 80-81.

<sup>190</sup> Artikel 8, eerste lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 76-79.

zolang ze niet strijdig zijn met de wetten van openbare orde, geen uitsluiting bevatten voor persoonlijk bedrog of eigen opzettelijke fout of de overeenkomst uithollen op een manier waarop deze geen betekenis meer zou hebben.<sup>191</sup>

**160. WETBOEK ECONOMISCH RECHT-** Ook inzake de exoneratiebedingen bij de notaris dient opnieuw gewezen te worden op de toepassing van het WER wanneer de cliënt als een consument aanzien kan worden. Gezien dit het gemeen recht betreft en dit reeds besproken werd met betrekking tot de aansprakelijkheid van de advocaat, volstaat het om te verwijzen naar de eerdere uiteenzetting hieromtrent. (supra randnummer 106-107)

### **b. Notarisvennootschap**

**161. MOTIEVEN-** Krachtens artikel 50, §1, eerste lid Wet Notarisambt is het voor de notaris ook toegelaten om zijn beroep uit te oefenen binnen een notarisvennootschap.<sup>192</sup> Hij kan ervoor kiezen om dit alleen te doen of in associatie. De motieven achter het oprichten van dergelijke vennootschap zullen vooral fiscaal en financieel van aard zijn, aangezien de notaris op deze manier zijn persoonlijke aansprakelijkheid kan beperken. Dit komt doordat zijn handelingen toegerekend zullen worden aan de vennootschap, ondanks het feit dat hij wel persoonlijk titularis blijft van zijn ambt.<sup>193</sup> De opgerichte vennootschap kan wel niet eender welke vorm aannemen, het dient om een BVBA of een CVBA te gaan.<sup>194</sup>

**162. TWEE AANSPRAKELIJKHEIDSBEPERKINGEN-** Het oprichten van de notarisvennootschap brengt twee beperkingen van de aansprakelijkheid met zich mee die dergelijke oprichting extra interessant kunnen maken. Een eerste beperking bestaat eruit dat de aansprakelijkheid van iedere vennoot beperkt zal worden tot zijn inbreng.<sup>195</sup> Daarnaast is de aansprakelijkheid van de vennootschap beperkt tot een maximum van vijf miljoen euro.<sup>196</sup> Deze beperkingen van de aansprakelijkheid zullen echter niet gelden wanneer de notaris handelde met bedrieglijk oogmerk of wanneer hij het doel had schade te berokkenen. Wanneer de notaris op dergelijke manier handelde zal hij hoofdelijk aansprakelijk blijven samen met de notarisvennootschap, die nadien nog verhaal kan uitoefenen op de notaris. Deze aansprakelijkheidsbeperkingen gelden daarnaast ook enkel voor de professionele aansprakelijkheid en niet voor de algemene aansprakelijkheid van de notarisvennootschap.<sup>197</sup>

**163. ENKEL RECHTSPERSONEN-** Bovenstaande analyse bespreekt de beperkingen van de notaris zijn aansprakelijkheid wanneer hij ervoor gekozen heeft zijn ambt uit te oefenen binnen een vennootschap. Dit impliceert dat deze beperkingen niet gelden wanneer de notaris zijn ambt zal

---

<sup>191</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 77.

<sup>192</sup> Artikel 50, §1, eerste lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>193</sup> Artikel 50, §1, derde lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 66-67; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De nieuwe wettelijke regeling voor de burgerlijke professionele aansprakelijkheid van de notaris", *NFM* 2014, afl. 10, 244-245.

<sup>194</sup> Artikel 50, §1, twee lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>195</sup> Artikel 50, §4 eerste lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>196</sup> Artikel 50, §4 tweede lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt.

<sup>197</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 68.

uitoefenen als natuurlijk persoon. Er is hier echter geen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel, daar alle gelijke situaties een gelijke behandeling krijgen en alle ongelijke situaties ongelijk behandeld worden. Het objectieve criterium ter beoordeling van de gelijkheid is dus het feit of de notaris zijn ambt uitoefent als natuurlijk persoon of binnen een vennootschap. Hoewel het oprichten van dergelijk vennootschap aan bepaalde voorwaarden onderworpen is, is het toch mogelijk voor iedere notaris om zijn ambt op deze manier uit te oefenen, waardoor er geen sprake kan zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel.<sup>198</sup> De notaris die zijn ambt uitoefent als natuurlijk persoon blijft in tegenstelling tot zijn collega die zijn ambt uitoefent binnen een vennootschap dus onbeperkt aansprakelijk voor professionele fouten. Geheel onlogisch is dit niet, omdat het beperken van de aansprakelijkheid van de vennoten net een hoofddoel is van het oprichten van een vennootschap.

**164. VERPLICHTE VERZEKERING-** Hoewel er met betrekking tot de aansprakelijkheidsbeperkingen een onderscheid gemaakt is tussen notarissen die hun ambt uitoefenen als natuurlijk persoon en zij die dat doen binnen een vennootschap, is het een algemene verplichting voor alle notarissen om een verzekering burgerlijke beroepsaansprakelijkheid aan te gaan. Deze verzekering moet een bedrag van ten minste vijf miljoen euro waarborgen.<sup>199</sup>

**165. AANSTELLERSAANSPRAKELIJKHEID-** Een laatste relevant punt met betrekking tot de aansprakelijkheid van de notaris die zijn ambt uitoefent binnen een vennootschap is dat men als slachtoffer niet voor kan kiezen om de vennootschap kwalitatief aansprakelijk te stellen. Dit vloeit voort uit de feitelijke omstandigheden: er is namelijk geen ondergeschikt verband tussen de notaris en de vennootschap.<sup>200</sup>

### **Afdeling 3. Grond van de eventuele aansprakelijkheidsvordering: toetsing**

**166. ALGEMEEN-** Uit de uiteenzetting van het algemeen kader aangaande de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris blijkt al snel dat de aansprakelijkheid van de notaris complexer is dan die van de advocaat. Waar de aansprakelijkheid van de advocaat veelal contractueel van aard is, is er bij de notaris meer ruimte voor discussie. Hoewel normaal gezien de buitencontractuele aansprakelijkheid speelt bij zijn optreden als openbaar ambtenaar en de contractuele aansprakelijkheid bij zijn optreden als juridisch adviseur of zakenman, lijkt dit onderscheid vervaagd door recente uitspraken van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie.

**167. CONTRACTUELE AARD-** Hoewel het onderscheid aan belang verloren heeft, is het toch belangrijk om de problematiek van dit onderzoek te kaderen binnen één van de aansprakelijkheidsregimes, teneinde de toepasselijke regels te kunnen toetsen aan de plicht tot het wijzen op bemiddeling. Zelfs zonder de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie zou de aansprakelijkheid in dit geval contractueel van aard zijn. Dit omdat de notaris bij het wijzen op de mogelijkheid tot

---

<sup>198</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 69.

<sup>199</sup> Artikel 34ter & 50, §4, derde lid Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt; I. SAMOY en K. RONSIJN, "De nieuwe wettelijke regeling voor de burgerlijke professionele aansprakelijkheid van de notaris", *NFM* 2014, afl. 10, 246-247.

<sup>200</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 74-76.



bemiddeling niet zal optreden in zijn hoedanigheid van openbaar ambtenaar, maar in die van juridisch adviseur. Wanneer hij in deze hoedanigheid optreedt, is de verhouding ten aanzien van de cliënt steeds contractueel.

**168. KWALIFICATIE VERPLICHTING-** Naast de hoedanigheden die de notaris kan bekleden, kunnen de verplichtingen die hij op zich kan nemen ook in twee hoofdcategorieën opgesplitst worden. Het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling kan gekwalificeerd worden onder zijn bijstandsverplichting, meer bepaald zijn verplichting tot het informeren en adviseren van zijn cliënt. Het is uit deze informatieverplichting dat de verplichting om de cliënt te wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling volgt, aangezien deze verplichting inhoudt dat de notaris zijn cliënt in dient te lichten over de mogelijke opties. Naderhand, wanneer de opties bekend zijn, kan hij zijn advies geven omtrent de weg die men het best kan volgen in dat concreet geval.

**169. RESULTAATSVERBINTENIS-** Daar de problematiek van dit onderzoek zich situeert binnen de informatie- en de raadgevingsverplichting van de notaris, dient uitgeklaard te worden of het hier een middelen- dan wel een resultaatsverbintenis betreft. Dit is vereist om te kunnen beoordelen wie de bewijslast zal dragen. Indien het een resultaatsverbintenis betreft, zal de cliënt namelijk enkel dienen te bewijzen dat het beoogde resultaat uitbleef. Aangezien er een wettelijke norm beschikbaar is met artikel 9, §1, derde lid Wet Notarisambt die de informatie- en adviesverplichting bevat, zou besloten kunnen worden dat de verbintenis in dit onderzoek een resultaatsverbintenis betreft. Hierdoor zou een toetsing aan de algemene zorgvuldigheidsnorm niet vereist zijn.<sup>201</sup>

**170. TOCH MIDDELENVERBINTENIS?-** De rechtspraak is het echter niet eens met de kwalificatie van de raadgevingsverplichting als resultaatsverbintenis. Aangezien dit tot te strenge resultaten zou leiden, lijkt het beter om dit te kwalificeren als een middelenverbintenis, zodat het gedrag van de notaris afgetoetst kan worden aan dat van een normaal, vooruitziend en zorgvuldig notaris in dezelfde omstandigheden geplaatst.<sup>202</sup> Het lijkt aangewezen om zich aan te sluiten bij de visie van de rechtspraak met betrekking tot de informatieverplichting. Wanneer dit namelijk zonder meer gekwalificeerd zou worden als een resultaatsverbintenis, zou dit ertoe leiden dat de notaris steeds dient te zorgen dat hij kan bewijzen dat hij de nodige informatie gegeven heeft.

**171. FOUT NOTARIS-** Indien de informatieverplichting van de notaris gezien wordt als een middelenverbintenis, dient de cliënt aan te tonen dat de notaris zich niet gedragen heeft zoals hij dat hoorde te doen. Zijn gedrag zal dus afgetoetst dienen te worden aan de algemene zorgvuldigheidsnorm. Wanneer de cliënt hier het bewijs van kan leveren, zal het fout-element van de aansprakelijkheid geacht worden aangetoond te zijn. De mogelijke kwalificatie als middelenverbintenis zal echter wel negatieve gevolgen hebben voor de cliënt, aangezien zijn bewijslast stevig verzwaaard zal worden. Dit omdat hij zal moeten aantonen dat hij de nodige informatie niet gekregen heeft.

---

<sup>201</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 84-86.

<sup>202</sup> I. SAMOY en K. RONSIJN, "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 84-86.

**172. SCHADE-** Omdat de verplichting in dit geval een contractuele verplichting betreft dient er gekeken te worden naar artikel 1149-1151 B.W. Wanneer de notaris echter zijn informatieverplichting niet nagekomen is, kan het moeilijk zijn voor de cliënt om zijn schade te bewijzen, aangezien deze zeker dient te zijn. Ook hier kan de verlies van een kans- leer een oplossing bieden aan de cliënt. Wanneer de cliënt kan aantonen dat hij door het verkrijgen van de nodige informatie gekozen had voor bemiddeling en deze bemiddeling hem een betere uitkomst had kunnen bieden, kan hij mogelijk toch schadevergoeding kunnen vorderen. Hiertoe dient hij te bewijzen dat hem werkelijk een kans ontnomen is, wat veelal het geval zal zijn. Als hij daarnaast ook nog aan kan tonen dat de kans definitief verloren is, dat het een reële kans betrof en dat er een oorzakelijk verband is tussen de fout van de notaris en het verlies van zijn kans, zal hem een schadevergoeding toegekend kunnen worden.

**173. VERWEERMIDDELEN-** Voorgaande toetsing gaat uit van de hypothese dat er geen contractueel beding is opgenomen dat de omvang van de informatieverplichting regelt. Wanneer dit aanwezig is, zal de notaris zich hierop kunnen beroepen als verweer wanneer hij aansprakelijk gesteld wordt. Daarnaast kan hij ook nog beslissen om een notarisvennootschap op te richten waardoor hij slechts gehouden zal zijn tot zijn inbreng.

**174. CONCLUSIE-** Bij de bespreking van de aansprakelijkheid van de advocaat werd reeds gesteld dat het aansprakelijk stellen van de advocaat in dit concrete geval waarschijnlijk moeilijk zal worden. Het aansprakelijk stellen van de notaris voor het niet nakomen van deze verplichting lijkt echter nog complexer. Wanneer men al zou kunnen aantonen dat de notaris het nodige bewijs niet leverde, zal men ook nog dienen aan te tonen dat er wel degelijk een bepaalde kans ontnomen werd vooraleer men schadevergoeding zal kunnen verkrijgen. Daarnaast beschikt de notaris mogelijk ook nog over extra bescherming wanneer hij zijn ambt uitoefent binnen een notarisvennootschap.



## Hoofdstuk 4. Opinie: is aansprakelijkheidsstelling wenselijk?

**175. ALGEMEEN-** Nu het duidelijk is wat bemiddeling precies is en wat de aansprakelijkheid van de advocaat en de notaris precies inhoudt, dient het resultaat van dit onderzoek geanalyseerd te worden. Na de bestudering van de aansprakelijkheid van de advocaat bleek al dat deze aansprakelijkheidsstelling niet eenvoudig zou zijn. Het aansprakelijk stellen van de notaris lijkt echter nog een graad moeilijker. Een van de hoofdvragen in dit onderzoek, namelijk of deze juridische experts aansprakelijk gesteld kunnen worden, is dus beantwoord; hoewel het in veel gevallen moeilijk zal blijken in de praktijk, is het niet uitgesloten. Een laatste vraag die rest is dan ook of dit een goede zaak is of niet.

**176. EVOLUTIE BEROEP-** Waar een advocaat in de Romeinse oudheid niet noodzakelijk een rechtsgeleerde was, maar eerder een vriend die bijstand verleende in het proces, wordt het beroep vandaag de dag helemaal anders ingevuld. Doorheen de jaren is het beroep geëvolueerd naar een meer gecommmercialiseerd en gespecialiseerd beroep. Waar het vroeger dus eerder een vriendendienst betrof, is het advocaat zijn vandaag de dag een volwaardig beroep. De uitoefening van dit beroep vereist gezien de complexiteit van vele rechtstelsels een redelijke bagage juridische kennis en vaardigheden.<sup>203</sup>

**177. HOGE VERWACHTINGEN-** Juridische experts die tegenwoordig hun beroepen uitoefenen hebben veelal de perceptie tegen, ondanks het feit dat het overgrote deel van de cliënten wel tevreden zijn over het werk van hun advocaat (of andere juridische expert). Het zal dus ook de taak zijn van de advocaat of notaris om aan zijn imago te werken wanneer hij in contact komt met cliënten.<sup>204</sup> Dit is niet eenvoudig, aangezien de verwachtingen van cliënten vandaag de dag ook veel hoger liggen dan dat vroeger het geval was. Een advocaat dient in de eerste plaats steeds alle opties te overwegen en op basis hiervan advies te geven aan zijn cliënt omtrent de best te volgen weg. Zijn takenpakket breidt echter steeds verder uit. Dit blijkt alleen al uit dit onderzoek: de advocaat dient de laatste jaren ook steeds meer rekening te houden met de alternatieve methodes van geschillenbeslechting.<sup>205</sup>

**178. AANSPRAKELIJKHEID-** Wanneer de aansprakelijkheid van de advocaat of de notaris besproken wordt, dient er rekening gehouden te worden met deze verruiming van de taken. Omdat het aansprakelijkheidsrecht vooral een rechtersrecht is, kan er relatief snel ingespeeld worden op de maatschappelijke veranderingen die plaatsvinden.<sup>206</sup> Men kan bij deze aanpassingen het doel van het aansprakelijkheidsrecht meenemen in zijn overweging, ondanks het feit dat er discussie is omtrent dit specifieke doel. Enerzijds is er een stroming die vergoeding van de geleden schade als

---

<sup>203</sup> H. LAMON, *Een advocaat in de spiegel: beschouwingen over balie en advocatuur*, Brugge, Die Keure, 2004, 1-4; J. STEVENS, *Advocatuur: regels & deontologie*, Wolters Kluwer, 2015, 133.

<sup>204</sup> H. LAMON, *Een advocaat in de spiegel: beschouwingen over balie en advocatuur*, Brugge, Die Keure, 2004, 72-73.

<sup>205</sup> H. LAMON, *Een advocaat in de spiegel: beschouwingen over balie en advocatuur*, Brugge, Die Keure, 2004, 77-78.

<sup>206</sup> H. BOCKEN, "Tussen causaal verband en schade. Deel 1. Uitgaven of prestaties gedaan krachtens een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting: van schade naar (verbreking van) oorzakelijk verband en terug naar schade" in K. BERNAUW, H. BOCKEN, I. BOONE, e.a., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 323.

doel vooropstelt, terwijl een tweede stroming van mening is dat het aansprakelijkheidsrecht vooral een preventief doel heeft.<sup>207</sup>

**179. DOEL VERRUIMING-** Ongeacht welk doel men wil geven aan het aansprakelijkheidsrecht, dient men oog te hebben voor wat men wil bereiken met het eventueel vergemakkelijken van de aansprakelijkheid van de advocaat of notaris. In beide gevallen is de informatieverplichting namelijk inherent aan het beroep en dient er bijgevolg steeds aan voldaan te worden. Wanneer men het aansprakelijk stellen van de advocaat of notaris gemakkelijker zou maken, zou dit met zich meebrengen dat er nog taken bijkomen voor hen, aangezien ze voorzichtiger te werk zullen moeten gaan. Zo is het niet ondenkbaar dat ze steeds zullen willen zorgen dat ze bewijs hebben van de informatie die ze meegedeeld hebben aan hun cliënt, wat op zijn beurt dan weer zorgt voor extra (administratief) werk. Het verhogen van de aansprakelijkheid zou dus het vertrouwen tussen de partijen nadelig kunnen beïnvloeden, wat dan weer een invloed kan hebben op de nu al bestaande negatieve perceptie tegenover deze beroepsgroep.

**180. ALTERNATIEF?-** Indien er dus geopteerd wordt om het huidige systeem, waarin een aansprakelijkheidsstelling bij het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling moeilijk lijkt, te behouden, zal de cliënt zich in sommige gevallen in de steek gelaten voelen. Het zal dan ook eerder belangrijk zijn om voldoende in te zetten op de promotie van de bemiddeling, zowel bij de juridische beroepsuitoefenaars als bij het publiek. Hierdoor kan het belang van het wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling afnemen, omdat de cliënt zich zelf al bewuster zal zijn van deze mogelijkheid. Toch zal de komende jaren de grootste rol weggelegd blijven voor de advocaat en de notaris in de promotie ervan, aangezien de cliënten er op dienen te vertrouwen dat deze hun naar de beste optie leiden. Deze cliënt zou wanneer hij niet gewezen wordt op de mogelijkheid tot bemiddeling er echter verkeerdelijk van uit kunnen gaan dat deze mogelijkheid er niet is in zijn specifiek geval.

**181. PROMOTEN-** Zoals reeds gesteld werd in het eerste hoofdstuk, kan de taak van de juridische actoren dan ook niet onderschat worden. Of dit een verhoogde aansprakelijkheid met zich mee dient te brengen is echter twijfelachtig, daar dit volgens mij niet bijdraagt aan de promotie van bemiddeling. Het motief achter het wijzen op bemiddeling dient namelijk te zijn dat men werkelijk gelooft in deze alternatieve methode van geschillenbeslechting als beste optie voor zijn cliënt. De drijfveer van de advocaat of notaris behoort namelijk niet het vermijden van zijn aansprakelijkheid te zijn, maar het zo goed mogelijk bijstaan van zijn cliënt.

**182. GEEN VERSOEPELING-** Een versoepeling van de aansprakelijkheidsregimes zou dus enkel maar leiden tot meer schrik om fouten te maken, wat nefaste gevolgen zou hebben voor de kwaliteit van de geleverde diensten en mogelijk ook het imago van de beroepsgroep. Hoewel een versoepeling mijns inziens dus niet op zijn plaats is in deze, kan het echter wel aangewezen zijn voor de advocaat of notaris om in sommige gevallen de cliënt bepaalde documenten te laten ondertekenen. Het typevoorbeeld hiervan is de situatie waarbij de juridische dienstverlener een bepaald advies gegeven

---

<sup>207</sup> T. HARTLIEF, "Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?" in K. BERNAUW, H. BOCKEN, I. BOONE, e.a., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 812-814.

heeft, maar de cliënt toch een andere optie wenst na te streven. Indien de advocaat of notaris in dergelijke gevallen de cliënt bepaalde documenten laat ondertekenen, kan hij deze documenten gebruiken in zijn verweer, wanneer hij toch aansprakelijk gesteld zou worden door zijn cliënt.



## **Conclusie**

Hoewel het begrip *bemiddeling* op verschillende manieren gedefinieerd kan worden, bevat het overgrote deel van de omschrijvingen dezelfde elementen. Bemiddeling kenmerkt zich vooral doordat het onder leiding staat van een neutrale derde, maar ook door zijn vrijwilligheid en vertrouwelijkheid.

Omwille van deze sterke kenmerken tracht men ondertussen al jaren om deze alternatieve vorm van geschillenbeslechting zo veel als mogelijk te promoten. Op Europees vlak deed men dit door middel van Richtlijn 2008/52, op nationaal vlak door een zevende deel in te voegen in het Gerechtelijk Wetboek bij wet van 21 februari 2005. Men moet echter opletten met het reguleren van bemiddeling, aangezien één van de sterke punten van bemiddeling net is dat het aan weinig regels gebonden is en dus zeer flexibel is. Deze flexibiliteit stelt partijen in staat om veel dingen zelf in te vullen en zo veel grip te houden op het conflict.

Een herziening van de Europese Bemiddelingsrichtlijn toonde echter aan dat er nog steeds heel wat verbeterpunten zijn. Er dient dus niet overdreven te worden betreffende het optimisme over bemiddeling, daar er zeker nog gebreken zijn. Het is wel een waardig alternatief dat een kans verdient, aangezien het een mooi instrument is om het individu zijn conflict in handen te geven en actief deel te laten nemen aan een zoektocht naar een oplossing. De huidige gebreken dienen dus aangepakt te worden om bemiddeling nog beter naar voor te schuiven als volwaardig alternatief op de gerechtelijke procedure. In dit proces kan de advocaat of notaris een belangrijke rol spelen. Dit omdat hij degene is met voldoende juridische kennis om zijn cliënt te informeren over de beschikbare mogelijkheden. In Franstalig en Duitstalig België is er zelfs een bepaling opgenomen in de deontologische codex die advocaten aanbeveelt om bemiddeling steeds te overwegen.

Wanneer de professionele aansprakelijkheid van de advocaat bekeken wordt, kan gesteld worden dat deze veelal contractueel is; hij verplicht zich contractueel tegenover zijn cliënt tot het voldoen van verschillende verbintenissen. Indien hij deze verbintenissen niet nakomt, kan deze cliënt hem onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk stellen. Als het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling van de advocaat getoetst wordt aan deze voorwaarden, lijkt een aansprakelijkheidsstelling eerder moeilijk. Een eerste moeilijkheid situeert zich op het vlak van het bewijs, daar de cliënt dient aan te tonen dat hij onvoldoende informatie heeft gekregen. In de praktijk kan het voor de cliënt zeer moeilijk blijken om aan te tonen dat de advocaat bepaalde dingen niet meegedeeld heeft. Daarnaast dient er ook nog aangetoond te worden dat het niet wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling een fout uitmaakt in hoofde van de advocaat. Hiertoe dient men zijn gedrag te toetsen aan dat van een normaal, zorgvuldig en vooruitziend advocaat in dezelfde omstandigheden geplaatst.

Indien die problemen overwonnen zouden kunnen worden, dient de cliënt zijn schade aan te tonen. Bij gebrek aan zekere schade zal hierbij voldaan moeten worden aan de voorwaarden van de verlies van een kans- leer, die mogelijk wel kans op slagen heeft in dergelijke gevallen. Eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie wees echter wel meermaals op het belang van een oorzakelijk verband tussen de fout van de advocaat en het verlies van de kans van de cliënt.



Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de advocaat kan er dus besloten worden, dat hoewel het moeilijk kan blijken om de advocaat hiervoor aansprakelijk te stellen, een succesvolle aansprakelijkheidsstelling in dit geval niet volledig uitgesloten mag worden.

Niet enkel een advocaat kan optreden als juridisch adviseur van zijn cliënt, ook een notaris kan zijn cliënt advies verlenen in bepaalde situaties. In tegenstelling tot de verhouding advocaat-client is de verhouding tussen de notaris en zijn cliënt niet steeds contractueel van aard. Hoewel dit onderscheid vervaagd is door recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie, wordt er veelal nog steeds een onderscheid gemaakt tussen de hoedanigheid van openbaar ambtenaar van de notaris en die van juridisch adviseur of zakenman. Wanneer de notaris zal optreden als openbaar ambtenaar zal de verhouding als buitencontractueel gekwalificeerd worden, aangezien de notaris in deze gevallen zijn ambt niet kan weigeren. Indien hij echter optreedt als juridisch adviseur of zakenman, zal de relatie normaliter contractueel van aard zijn. Aangezien het in dit onderzoek deze tweede hoedanigheid van de notaris betreft, zal ook zijn aansprakelijkheid in het kader van het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling contractueel van aard zijn. De verbintenis ten aanzien van zijn cliënt valt namelijk onder zijn bijstandsverplichting, meer specifiek zijn informatieverplichting.

Aangezien het aangewezen lijkt om deze verplichting van de notaris te zien als een middelenverbintenis, lijkt het voor de cliënt zeer moeilijk om zijn notaris aansprakelijk te stellen voor het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling. Dit omdat de cliënt in dit geval zal moeten bewijzen dat de advocaat niet handelde als een normaal, vooruitziend en voorzichtig notaris in dezelfde omstandigheden had moeten doen. Daarnaast zal het ook moeilijk worden voor de cliënt om zijn schade aan te tonen, al kan de verlies van een kans- leer hier mogelijks een oplossing bieden.

De striktere reglementering van het beroep van notaris door onder meer de Wet op het Notarisambt brengt met zich mee dat de notaris over bepaalde specifieke verweermiddelen beschikt wanneer hij toch aansprakelijk zou worden gesteld. Wanneer hij namelijk zijn ambt uitoefent binnen een notarisvennootschap, zal hij slechts gehouden zijn tot zijn inbreng wanneer men hem aanspreekt om bepaalde schade te vergoeden. Daarnaast geniet ook de vennootschap zelf bescherming door deze wettelijke regeling, aangezien deze in normale omstandigheden slechts aansprakelijk kan zijn voor een bedrag dat vijf miljoen euro niet kan overschrijden. Ter bescherming dient er ook nog een verzekering afgesloten worden voor gevallen waarin de professionele burgerlijke aansprakelijkheid in het gedrang zou komen.

Algemeen kan er dus gesteld worden dat het moeilijk zal worden voor de cliënt om zijn advocaat of notaris aansprakelijk te stellen voor het onvoldoende wijzen op de mogelijkheid tot bemiddeling, om verscheidene redenen. Wanneer men al zou kunnen bewijzen dat de advocaat of notaris een fout heeft begaan, dient men ook nog aan te tonen dat er bepaalde schade geleden werd. Ondanks deze moeilijkheden om de advocaat of notaris aansprakelijk te stellen, lijkt het niet aangewezen om de aansprakelijkheid van deze te vergemakkelijken. Dit zou namelijk nefaste gevolgen kunnen hebben voor de dienstverlening. Wanneer men de alternatieve vormen van geschillenbeslechting echter toch wenst te promoten, is het aangeraden hiertoe andere middelen te gebruiken. Wanneer deze juridische experts namelijk overtuigd zijn van het nut van dergelijke vorm van geschillenbeslechting,

zullen ze dit ten volle promoten bij hun cliënten. Indien de juridische beroepsbeoefenaars en hun cliënten positieve ervaringen hebben met bemiddeling, kan dit alternatieve vormen van geschillenbeslechting alleen maar ten goede komen. Een verhoogde aansprakelijkheid voor advocaten of notarissen zou echter niet bijdragen tot dit doel.



## **Bibliografie**

### **Wetgeving**

Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

Burgerlijk Wetboek, *BS* 3 september 1807.

Gerechtelijk Wetboek, *BS* 31 oktober 1967.

Wetboek Economisch Recht, *BS* 29 maart 2013.

Wet van 25 Ventose Jaar XI op het Notarisambt, *BS* 16 maart 1803.

Wet 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk wetboek in verband met bemiddeling, *BS* 22 maart 2005, 12272.

Wet 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, *BS* 14 mei 2014, 39045.

### **Rechtspraak**

#### België

GwH 13 december 2012, nr. 105/2012.

Cass. 13 februari 1930, Pas 1930, I, 115.

Cass. 30 mei 1969, Arr. Cass. 1969, 943.

Cass. 7 dec 1973, Arr. Cass. 1974, 443.

Cass. 24 januari 1974, Arr. Cass. 1974, 576.

Cass. 19 januari 1984, Arr. Cass. 1983-84, 585.

Cass. 7 januari 1988, AR 5567.

Cass. 26 maart 1992, AR 9261.

Cass. 19 juni 1998, Arr. Cass 1998, 721.

Cass. 1 april 2004, Arr. Cass. 2004, 549.

Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N.

Cass. 29 april 2005, AR C.03.0611.N.

Cass. 12 oktober 2005, Arr. Cass. 2005, afl. 10, 1914.

Cass. 12 mei 2006, Arr. Cass. 2006, afl. 5, 1083.

Cass. 5 juni 2008, AR C.07.0199.N.

Cass. 23 oktober 2008, C.06.0158.F en C.06.0478.F/7.

Cass. 22 februari 2010, S.09.0033.F.

Cass. 9 november 2011, AR P.11.1027.F.

Cass. 6 juni 2013, AR C.12.0224.F.

Cass. 6 december 2013, AR C.10.0204.F.

Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0382.F.

Cass. 26 juni 2015, AR. C.14.0476.N.

Antwerpen 21 september 1992, RW 1993-94, 403.

Rb. Luik (20e kamer), 28 november 2002, J.T. 2003, afl. 13, 256-257.

Brussel (1e k.) 17 september 2013, RW 2014-15, afl. 33, 1311.

### Frankrijk

Cass. (1re civile) 29 avril 1997, Bulletin 1997, N° 132.

### **Rechtsleer**

ALLEMEERSCH, B., "Een geactualiseerde inleiding tot de bemiddelingswet" in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, p19-68.

ALLEMEERSCH, B., GAYSE, B., SCHOLLEN, P., TAELEMAN, P. en VAN ORSHOVEN, P., *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2005, 94p.

AUGHUET, C., CULOT, A., DE LOVINFOSSE, A., *A l'origine de la responsabilité du notaire : la préparation d'un dossier de vente et de succession*, Brussel, Larcier, 2011, 249p.

BENSIMON, S., CRUYPLANTS, J., GONDA, M., MARTENS, P. en WAGEMANS, M., *Droit et pratique de la médiation*, Brussel, Bruylant, 2008, 405p.

BEUKERING, E.J.M. en VAN SCHELVEN, P.C., *De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in het Nederlandse recht: juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag, Boom Lemma uitgevers, 2013, 101p.

BOCKEN, H., "Tussen causaal verband en schade. Deel 1. Uitgaven of prestaties gedaan krachtens een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting: van schade naar (verbreking van) oorzakelijk verband en terug naar schade" in BERNAUW, K., BOCKEN, H., BOONE, I. e.a., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, p271-326.

BOELRIJK, M. en LA POUTRE, B., *Mediation als alternatief. Bemiddeling door hulp- en dienstverleners.*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2010, 109p.

BOONE, I. en RONSIJN, K., "Vergoeding voor het verlies van een kans na het arrest Prizrak", VAV 2015, afl. 4, p4-10.

BRENNINKMEIJER, A.F.M. e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, 437p.

BRIDOUX, A., *Les écrits en médiation selon le code judiciaire*, Brussel, Larcier, 2011, 229p.

BROGAN, M.C. en SPENCER, D., *Mediation law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006, 544p.

CASMAN, H. "De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen" in VANDENBERGHE, H. e.a., *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2004, p187-223.

COECKELBERGHS, M. "De notariële onderzoeksplicht", noot onder Rb. Brussel 16 maart 2006, *NFM* 2007, afl. 10, p313-314.

DE BACKER, H., "De rol van de advocaat bij bemiddeling" in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, p245-277.

DE BEIR, T. in *Alternatieve geschillenbeslechting*, Orde van advocaten Kortrijk, Brussel, Larcier, 2015, p25-46.

DE BEIR, T., "Meerwaarde creëren in onderhandelen en bemiddelen: de rol van de advocaat" in Orde van advocaten Kortrijk, *Alternatieve geschillenbeslechting*, Brussel, Larcier, 2015, p25-46.

DE BOECK, A. "De schade bij samenloop en co-existentie. Een verkenning van de grens tussen contractuele en buitencontractuele schade" in DE BOECK, A. SAMOY, I., STIJNS, S. en VAN RANSBEECK, R. (eds.), *Knelpunten in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, p21-54.

DE JONGHE, S., "Notariële aansprakelijkheid" in DE JONGHE, S., ENGELS, C., LAVRYSEN, L. e.a., *Rechtskroniek voor het notariaat- Deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, p31-70.

DE POTTER DE TEN BROECK, M., *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2017, 438p.

DE PUYDT, R.M., *De deontologie van de advocaat*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 207p.

DE STEXHE, H., D'HOTEL, G. en HENRY, P., *Vademecum de l'avocat*, Limal, Anthemis, 2012, 356p.

DEPUYDT, P. en GAZAGNES-THEUNIS, D., *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice: leur responsabilité en droit civil, le contentieux, les assurances*, Gent, Story-Scientia, 1984, 278p.

DEPUYDT, P., *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 267p.

E. LANCKSWEEERDT, "De rol van de advocaat die zijn cliënt bijstaat in het raam van een bemiddeling met openbare besturen", in Orde van advocaten Kortrijk, *Alternatieve geschillenbeslechting*, Brussel, Larcier, 2015, p47-74.

EUWEMA, M., BOLLEN, K. en PRINS, S., "Mediation in België en Nederland: een wereld van verschil?" in FREKS, G., JONGBLOED, T., KALFF, S., POTTERS, L., SCHONEWILLE, F. en UITSLAG, M., *Mediation is volwassen! Actuele toepassingen en ontwikkelingen*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 183p.

FALCONIS, J. en SAMOY, I., *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 166p.

GAYSE, B., "Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag.", *RW* 2005, nr. 107, 13 april 2005, p434-449.

GOOVAERTS, L., PEERENS, P., THIELEMANS, S. en ROBBE, C., *Hoe topbemiddelaar worden? Handleiding voor een nieuw beroep*, Brussel, Auxis, 2006, 254p.

HOPT, K.J. en STEFFEK, F., *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 1408p.

JACOBS, C., "Doen we het of doen we het niet? Een conceptuele analyse van de voor- en nadelen van bemiddeling." in R. VAN RANSBEECK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, p69-92.

LAMON, H., *Een advocaat in de spiegel: beschouwingen over balie en advocatuur*, Brugge, Die Keure, 2004, 193p.

LERNOUT, M., *De aansprakelijkheid van de advocaat: enkele verweermiddelen toegelicht*, *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, 29(2015)6, p287-298.

LESSELIERS, V., *De notaris en bemiddeling: 10 jaar later*, *Not. Fisc. M.*, 2009, nr. 7, p277-288.

MICHEL, G., PROESMANS, J., VAN DE PUTTE, F. e.a., *La médiation civile et commerciale: actes du colloque du 21 janvier 2000*, Brugge, La Charte, 2000, 91p.

MOONS, N., "De complexiteit van inspannings- en resultaatsverbintenissen in de context van fundamentele rechten", *TBP* 2014, afl. 4-5, p247-260.

PRICKEN, D., "Le devoir de diligence de l'avocat" in BEUSCAR, A., DAVID, G., DEMOLIN, P. e.a., *Responsabilité(s) de l'avocat*, Limal, Anthemis, 2015, p43-124.

RENIERS, A., *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken*, Brugge, Die Keure, 2010, 340p.

RENSON, P.P., "Les avocats et la médiation" in RENSON, P.P. e.a., *Etats généraux de la médiation: actes du colloque du 15 octobre 2015*, Limal, Anthemis, 2015, 209p.

RENSON, P.P., *La médiation civile et commerciale: Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Limal, Anthemis, 2009, 132p.

SAMOY, I. en RONSIJN, K., "De nieuwe wettelijke regeling voor de burgerlijke professionele aansprakelijkheid van de notaris", *NFM* 2014, afl. 10, p242-249.

SAMOY, I. en RONSIJN, K., "De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap", in FALCONIS, J. en SAMOY, I. (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, p47-93.

SCHNEEBALG, A. en GALTON, E., "Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale", Brussel, Kluwer, 2002, 218p.

SCHOORENS, G., "De laattijdige betekening van een rechtsmiddel door de fout van de gerechtsdeurwaarder: een geval van overmacht" (noot onder Cass. 9 november 2011, AR P.11.1027.F.), T. Strafr. 2012, afl.1, p39-40.

STEVENS, J., *Advocatuur: regels & deontologie*, Wolters Kluwer, 2015, 1389p.

STIJNS, S., *Leerboek Verbintenissenrecht- Boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 268p.

SWAENEPOEL, E. "VII. Exoneratiebedingen in meerpartijencontracten" in SAMOY, I. en WERY, P. *Meerpartijenovereenkomsten- Contrats multipartites*, Brugge, Die Keure, 2013, p185-207.

T. HARTLIEF, "Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?" in BERNAUW, K., BOCKEN, H., BOONE, I. e.a., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, p809-865.

Taelman, P., "Bemiddeling: quo vadis? Inleidende beschouwingen bij een colloquium?" in ALLEMEERSCH, B., GAYSE, B. SCHOLLEN, P. Taelman, P. en VAN ORSHOVEN, P. *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2005, p1-9.

V. COIGNIEZ, "De aansprakelijkheid van de advocaat", [http://advoring.be/data/files/buba/10-buba-aansprakelijkheid\\_v-coigniez.pdf](http://advoring.be/data/files/buba/10-buba-aansprakelijkheid_v-coigniez.pdf), 2007, p1-18.

VAN DE PUTTE, F., en VAN LEYNSEELE, P., "La médiation dans le code judiciaire", *Journal des tribunaux* 30 april 2005, p297-308.

VAN GELDER, N., "Aansprakelijkheid van minderjarigen, ouders, vrijwilligersorganisaties en producenten", *TBBR* 2010, afl. 10, p514-520.

VAN HOUTTE, H., "Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?" in VAN DEN HEUVEL, J., *Liber Amicorum*, Kluwer, Antwerpen, 1999, p231-248.

VAN RANSBEECK, R. (ed), *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 293p.

VANDENBERGHE, H., *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2004, 286p.

VANDENBUSSCHE, W. en VERJANS E., "Advocaat moet bewijzen dat hij aan informatieverplichting heeft voldaan", *Juristenkrant* 2015, afl. 320, p1 en 16.

VANDENBUSSCHE, W. en VERVOORT, D., "De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar", in I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid*, Intersentia, 2015, p95-138.

VANDENBUSSCHE, W., "Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?" (noot onder Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0382.F.), *RW* 2015-16, nr.42, p1664-1669.



VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935p.

### **Andere**

Artikel 2.12 Code de déontologie de l'avocat, <http://avocats.be/sites/default/files/22.08.2016%20Code%20d%C3%A9ontologie%20version%20fran%C3%A7aise%20en%20vigueur%20au%2022.08.2016%20.pdf>.

Europese Commissie, Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – 'The Mediation Directive', [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335), 2016.

TILMAN, V. en WIJNANT, A., Bemiddelingsbarometer 2016, *bMediation* <http://www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf>, 18p.

X, "Notaris", <http://www.fbc-cfm.be/nl/inhoud/notaris>.

# Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:  
<b>Zou een advocaat (of notaris) aansprakelijk moeten of kunnen worden gesteld indien hij zijn cliënt onvoldoende wijst op de mogelijkheid tot bemiddeling?</b>

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2017**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

**Stevens, Alexander**

Datum: **13/05/2017**