

Economische schade

Britt Weyts¹

Inleiding	1015
Hoofdstuk 1. De toepassing van artikel 1382 BW op economische schade	1016
<i>Afdeling 1. Definiëring</i>	1016
<i>Afdeling 2. Het belang van het samenloopverbod</i>	1017
<i>A. De achterliggende vraag over (de wenselijkheid van) de vergoeding van economische schade</i>	1017
<i>B. De evolutie in de cassatierechtspraak</i>	1018
1. De samenloopproblematiek	1018
2. Co-existentie van aansprakelijkheden	1020
3. Het belang voor de economische schade	1020
<i>Afdeling 3. De jurisprudentiële afbakening van de aansprakelijkheidsvoorwaarden van artikel 1382 BW</i>	1021
<i>A. Geen a priori-beperkingen?</i>	1021
<i>B. De schade</i>	1022
1. Rechtmatig belang	1022
2. Zekere schade	1023
3. Persoonlijke schade	1023
<i>C. Causaal verband</i>	1024
1. De equivalentieleer	1024
2. Doorbreking van het causaal verband door een eigen juridische oorzaak	1026
Hoofdstuk 2. De begroting van de schade	1028
<i>Afdeling 1. Aanknopingspunten voor de begroting van de economische schade</i>	1028
<i>Afdeling 2. Verlies van een kansleer</i>	1032
<i>Afdeling 3. Intellectuele eigendomsrechten</i>	1033
<i>A. Het wettelijk kader</i>	1033
<i>B. Het aansprakelijkheidsvraagstuk</i>	1033
1. De vaststelling van de fout	1033
2. De schadebegroting	1034
<i>Afdeling 4. Mededingingsrecht</i>	1036
<i>A. Het Europese standpunt</i>	1036
<i>B. Het Belgische recht</i>	1037
Besluit	1038

SAMENVATTING

Schade wordt in het Belgisch recht traditioneel opgesplitst in personen- en zaakschade, met duidelijke afgeleide definities. De personenschade houdt verband met de schade door letsels en overlijden, terwijl zaakschade alle schade aan roerende en onroerende zaken omvat. Daarbij wordt weinig aandacht geschonken aan de economische schade, nl. schade die geen verband houdt met zaken of personen. De toepassingsgevallen zijn nochtans bijzonder talrijk. Denk bijvoorbeeld aan winstderving, geleden verlies, kosten die gemaakt moeten worden. In deze bijdrage wordt het standpunt van de Belgische rechtspraak over het mogelijk bestaan van een vergoeding voor economische schade onderzocht. Na een bespreking van de relevantie van het samenloopverbod ter zake, worden in een eerste deel de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 BW in het licht van de economische schade onderzocht. Hoewel er op het eerste gezicht in het Belgisch recht volgens het Hof van Cassatie geen ranking bestaat van belangen die bescherming verdienen in het (buitencontractueel) aansprakelijkheidsrecht, wordt nagegaan of er in praktijk toch inperkingen bestaan. Het tweede deel wordt volledig gewijd aan de moeilijke problematiek van de begroting van economische schade. Er wordt getracht aanknopingspunten voorop te stellen die de feitenrechter kunnen helpen bij het correct ramen van deze schadepost. Ten slotte wordt dieper ingegaan op de aansprakelijkheidsvraagstukken in de domeinen van de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht, omdat economische schade hier een reëel probleem vormt.

¹ Prof. dr., hoofddocent Universiteit Antwerpen, advocaat.

RÉSUMÉ

En droit belge, le dommage est traditionnellement scindé en dommage corporel et dommage matériel, avec des définitions clairement circonscrites. Le dommage corporel se rapporte au dommage par lésions et décès, tandis que le dommage matériel concerne tout dommage à des choses mobilières et immobilières. On attache peu d'importance, à cet égard, au dommage économique, c'est-à-dire au dommage qui ne se rapporte pas à des choses ou à des personnes. Les cas d'application sont pourtant très nombreux. Songeons par exemple au manque à gagner, à la perte subie, aux frais qui doivent être exposés. Dans cette contribution, nous étudions la position de la jurisprudence belge quant à l'existence possible d'un dommage économique et à son indemnisation. Après un commentaire sur la pertinence de l'interdiction de concours en la matière, nous analysons, dans une première partie, les conditions d'application de l'article 1382 du Code civil à la lumière du dommage économique. Même si à première vue le droit belge ne connaît pas, selon la Cour de cassation, de classement des intérêts qui méritent protection dans le droit de la responsabilité (extra-contractuelle), nous examinons s'il n'existe tout de même pas des restrictions en pratique. La deuxième partie est entièrement consacrée à la difficile problématique de l'évaluation du dommage économique. Nous tâchons de mettre en exergue des points de rattachement qui peuvent aider le juge à estimer correctement ce type de préjudice. Enfin, nous nous penchons de plus près sur les questions en matière de responsabilité dans les domaines de la responsabilité intellectuelle et du droit de la concurrence, car le dommage économique constitue ici un réel problème.

INLEIDING

1. In de Belgische doctrine bestaan een aantal handboeken die specifiek gewijd zijn aan de buitencontractuele schade en schadebegroting. Opvallend is dat hierin weinig tot geen aandacht wordt besteed aan de problematiek van de economische schade. Dat stilzwijgen, ook in de rest van de rechtsleer trouwens, kan twee verklaringen hebben, nl. economische schade is eenvoudigweg niet vergoedbaar of het bestaan en de vergoeding ervan zijn zo vanzelfsprekend dat er eenvoudigweg geen discussie over bestaat. Het tweede antwoord lijkt deels correct. Zoals bekend, huldigt het Hof van Cassatie de regel van de integrale schadeloosstelling indien een slachtoffer met succes een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering heeft ingesteld². De schade en niets dan de schade moet worden vergoed³. Dit wil zeggen dat de feitenrechter de regel van het objectief herstel moet toepassen⁴. De schade moet *in concreto* worden begroot, louter en alleen op grond van de effectief berokkende schade. Andere elementen zoals de financiële toestand van de partijen, het al dan niet verzekerd zijn van de schadeverwekker, de ernst van de fouten maar ook de aard van de schade spelen in beginsel geen rol. Kortom, of de schade van het slachtoffer nu al dan niet een economisch karakter heeft, is op het eerste gezicht irrelevant⁵. De regels van de buiten-

contractuele aansprakelijkheid beschermen alle slachtoffers van op foutieve wijze berokkende schade zonder enig onderscheid.

2. Dit leidt de buitenlandse rechtsleer tot het besluit dat het Belgische (in navolging van het Frans) aansprakelijkheidsrecht een zeer liberale visie hanteert ten aanzien van (de begroting van) economische schade. Daarbij wordt beklemtoond dat dit geen loutere theoretische vaststelling is, maar dat daadwerkelijk in deze landen de kans op succes bij een aansprakelijkheidsvordering wegens economische schade het grootste is⁶. Wil dit zeggen dat een bespreking overbodig is? Geenszins. De klassieke vereisten van een aansprakelijkheidsvordering op grond van artikel 1382 BW⁷, nl. fout, schade en causaal verband, zijn feitelijke begrippen, waarbij de feitenrechter een ruime soevereine beoordelingsbevoegdheid heeft. Dit sluit evenwel een toetsing door het Hof van Cassatie niet uit, nu deze ook rechtsbegrippen zijn. Niettemin leidt die appreciatievrijheid tot een boeiende rechtspraak waarbij bijkomende voorwaarden alsook beperkingen werden ingevoerd aan de klassieke toepassingsvoorwaarden. Deze zullen in deze bijdrage worden onderzocht in het licht van economische schade.

² Dit is vaste cassatierechtspraak. Zie o.a. Cass. 15 mei 1941, *Pas.* 1941, I, 192; Cass. 23 december 1992, *Arr.Cass.* 1992, 1466; Cass. 21 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2283.

³ Naar de inmiddels beroemde overwegingen van J. RONSE L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling in APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1988, 172.

⁴ J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling*, 173.

⁵ Vgl. L. CORNELIS, "Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?" in *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Brussel, Larcier, 2012, 8-9, die recentelijk – naar aanleiding van de voorstellen van de Commissie om te streven naar vaste kwantificering van economische schade bij inbreuken op het communautair mededingingsrecht – er nog op wees dat een dergelijke stelling niet verdedigbaar is bij gebrek aan rechtsgrond.

⁶ Zie o.a. M. BUSSANI en V.V. PALMER, "The liability regimes of Europe – their façades and interiors" in M. BUSSANI en V.V. PALMER (eds.), *Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, 123 *et seq.*; W.H. VAN BOOM, "Pure economic loss. A Comparative Perspective" in W.H. VAN BOOM, H. KOZIOL en C.A. WITTING (eds.), *Pure economic loss*, Wenen, Springer-Verlag, 2004, 4 *et seq.*

⁷ De andere buitencontractuele aansprakelijkheidsregels zullen in deze bijdrage slechts zeer sporadisch aan bod komen. De foutaansprakelijkheid conform art. 1382 BW vormt de leidraad.

In een eerste hoofdstuk zal de toepassing van artikel 1382 BW op economische schade worden besproken. In Afdeling 1 zal kort worden stilgestaan bij de definitie van economische schade. In Afdeling 2 wordt het samenloopverbod op contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid besproken, meer bepaald het belang daarvan voor de economische schade alsook de rechtspraak van het Hof van Cassatie ter zake. In Afdeling 3 wordt onderzocht hoe de rechtspraak de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 BW heeft afgebakend, in functie van de relevantie voor de economische schade. Er zal worden vertrokken van de vaststelling dat er in het Belgisch recht geen *a priori*-beperking

bestaat van het aantal aanspraakgerechtigden, waarna de begrippen ‘schade’ en ‘causaal verband’ worden toegelicht.

In een tweede hoofdstuk wordt verder ingegaan op de begroting van de economische schade. Vooreerst wordt in Afdeling 1 onderzocht hoe concreet het schadebegrip en de begroting van schade al dan niet thans zijn in het Belgisch recht. Ook wordt onderzocht of er aanknopingspunten voor de begroting van de economische schade kunnen worden vooropgesteld. In Afdeling 2 zal aandacht worden besteed aan het verlies van een kansleer. In Afdelingen 3 en 4 zullen respectievelijk het intellectueel eigendomsrecht en het mededingingsrecht worden besproken, omdat in deze domeinen economische schade een reëel probleem is.

HOOFDSTUK 1. DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 1382 BW OP ECONOMISCHE SCHADE

Afdeling 1. Definiëring

3. Het ontbreken van een wettelijke definitie van het schadebegrip heeft tot gevolg dat heil moet worden gezocht in de rechtsleer of rechtspraak om het begrip ‘economische schade’ te definiëren. Schade wordt reeds lang omschreven als de negatieve uitkomst van de vergelijking van twee toestanden, nl. de toestand waarin het slachtoffer zou gebleven zijn wanneer het schadegeval niet had plaatsgevonden en de toestand waarin hij zich bevindt na het schadegeval⁸. De *summa divisio* in het Belgisch recht betreft het onderscheid tussen ‘personenschade’ en ‘zaakschade’. Deze begrippen hebben in de rechtspraak een specifieke invulling gekregen. Personenschade is een verzamelnaam voor schade door overlijden en door letsels, waaronder zowel fysieke als geestelijke letsels worden begrepen. In de praktijk wordt m.b.t. fysieke letsels gesproken over schade door tijdelijke en door blijvende arbeidsongeschiktheid. Zaakschade verwijst naar schade geleden door de vernieling, de beschadiging of de ontvreemding van roerende en onroerende zaken. De ‘zaak’ wordt begrepen in de enge betekenis van stoffelijk voorwerp⁹. In het tweede hoofdstuk zal blijken dat deze tweedeling ook bij de begroting van de schade de leidraad vormt. Zo houdt onder meer de Indicatieve Tabel ook vast aan dit onderscheid.

4. Dit onderscheid lijkt weinig ruimte te geven aan de (vergoeding van) economische schade. De enge invulling van de zaakschade impliceert dat in deze categorie alvast geen ruimte is voor de schade geleden door de schending van economische belangen. In de categorie van de personenschade wordt er beperkt aandacht aan besteed. Het Belgische recht erkent immers de schade wegens economische waardevermindering. Een vermindering van de arbeidsgeschiktheid

van het slachtoffer bestaat in de vermindering van zijn waarde op de arbeidsmarkt en in voorkomend geval, in de noodzaak tot het leveren van meerinspanningen om zijn normale beroepswerkzaamheden te kunnen uitvoeren¹⁰. Ook in geval van overlijden wordt erkend dat de nabestaanden vaak economische schade zullen lijden. Dit is het geval voor de nabestaanden die voordeel haalden uit de beroepsinkomsten van de overledene¹¹.

Hoewel het in deze gevallen ook gaat over schade door schending van economische belangen, zal hieraan in deze bijdrage verder geen aandacht worden besteed. Het gaat in deze gevallen immers over wat in andere landen wordt aangeduid als *consequential economic loss* of anders gezegd, economische schade die voortvloeit uit fysieke schade of overlijden. Het bestaan en de vergoeding ervan staan in het Belgische recht niet ter discussie.

5. In deze bijdrage zal uitsluitend aandacht worden besteed aan de zgn. *pure economic loss*. In andere rechtsstelsels waar de vergoeding van economische schade wordt erkend, wordt doorgaans gekozen voor een negatieve invulling. *Pure economic loss* wordt gedefinieerd als alle schade die geen enkel verband vertoont met fysieke schade¹². Dit lijkt m.i. ook voor het Belgisch recht de juiste benadering te zijn. Gelet op het feit dat de tweedeling tussen personen- en zaakschade reeds lang is ingeburgerd in het Belgische recht en dat ook de Indicatieve Tabel voor de begroting van de schade hieraan vastknoopt, lijkt het weinig zinvol afstand te doen van deze indeling. Het mag evenwel duidelijk zijn dat daarmee de schade door de loutere schending van economische belangen, althans op het eerste gezicht, over het hoofd wordt gezien. Wanneer we evenwel de rechtspraak analyse-

⁸ J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling*, 173; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 16.

⁹ A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, 1013 *et seq.* en 1483 *et seq.*

¹⁰ A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *TPR* 2007, 1230.

¹¹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 735.

¹² V.V. PALMER en M. BUSSANI, “Pure Economic loss: the ways to recovery”, *Electronic Journal of Comparative Law* 2007, www.ejcl.org, 7 *et seq.*

ren, lijken de Belgische rechters niet afkerig te staan tegenover de vergoeding van economische schade. Voorgesteld kan worden de economische schade aldus als een derde categorie te erkennen. Dit zou ertoe leiden dat de Belgische schadeleer drie componenten zou omvatten, nl. personenschade, zaakschade en economische schade. Een dergelijke benadering zou alvast blijk geven van meer realiteitszin.

De vraag blijft evenwel of deze negatieve definiëring van economische schade – nl. schade die niet het gevolg is van fysieke schade of overlijden – veel toevoegt. Het voordeel is dat zo een ruime invulling wordt gegeven aan de economische schade. Dat is noodzakelijk, nu de toepassingsgevallen zeer divers kunnen zijn, zoals uit deze bijdrage zal blijken. Een rechtspraakanalyse biedt verder als voordeel dat een aantal toepassingsgevallen van economische schade kunnen worden opgelijst. Hierbij is het niet de bedoeling in enig opzicht exhaustief te zijn, nu de erkenning van economische schade als derde hoofdcategorie verder onderzoek vereist. Evenwel kunnen m.i. nu toch reeds een aantal subcategorieën worden aangeduid, waaraan verder in deze bijdrage meer aandacht zal worden besteed.

Winstderving vormt een zeer vaak voorkomende vorm van economische schade. Wanneer bijvoorbeeld een derde op onrechtmatige wijze een product namaakt en commercialiseert, zal de producent van het oorspronkelijke product minder winst maken. Een ander voorbeeld betreft de winkel die minder goederen verkoopt doordat wegenwerken de winkel ontoegankelijk maken. Vaak zal een schadegeval ook gepaard gaan met *geleden verlies*. Het oorspronkelijke product kan bijvoorbeeld een deel van zijn attractiviteit verliezen in geval van namaak. Dat kan trouwens ook *reputatieschade* opleveren. Ook *kosten* die een benadeelde noodzakelijkerwijze moet maken, vormen een belangrijke schadepost. Denk bijvoorbeeld aan de kosten die een producent moet maken om de namaak op te sporen en de schadeverwekker te identificeren.

Afdeling 2. Het belang van het samenloopverbod

A. De achterliggende vraag over (de wenselijkheid van) de vergoeding van economische schade

6. De keuze tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid kan voor een slachtoffer belang hebben. Als we naar het Belgische recht kijken, stellen we vast dat beide aansprakelijkheidsregimes sterk naar elkaar zijn toe-

gegroeid. Er bestaan evenwel nog altijd een aantal verschillen die relevant kunnen zijn in de praktijk. Denk onder meer aan het verjaringsregime dat in artikel 2262bis BW verschillend geregeld is voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen¹³. Voorts kunnen er in het contract ook excepties of verweermiddelen zijn opgenomen, die enkel spelen in geval van een contractuele aansprakelijkheidsvordering. Denk bijvoorbeeld aan een in het contract opgenomen exoneratiebeding. Of er al dan niet een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering wordt toegelaten, is in dergelijk geval van essentieel belang. De contractuele bescherming zal immers wegvallen bij de buitencontractuele aanspraak op schadevergoeding¹⁴.

7. Om de samenloopvraag te kunnen beslechten, moet er vanzelfsprekend sprake zijn van een geldig contract. Dat lijkt voor de hand liggend, maar heeft toch vragen opgeroepen, onder meer in het raam van de verhouding tussen nutsbedrijven en hun gebruikers. In het arrest van 27 november 2006 besliste het Hof van Cassatie dat de verhouding tussen een openbare dienst en een gebruiker geen contractueel maar wel een reglementair karakter heeft, omdat een publiekrechtelijk reglement een dergelijke verhouding beheerst. *In casu* ging het over een conflict tussen een elektriciteitsverdelers en een gebruiker waarop bijgevolg de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels van toepassing waren¹⁵. De vraag naar een eventuele samenloop stelt zich aldus niet in dergelijk geval, nu er eenvoudigweg geen contractuele relatie bestaat¹⁶.

8. Zodra er tussen partijen inderdaad een contract bestaat, kunnen we onderzoeken of het samenloopverbod speelt en waarom. Hierbij valt op dat in vele andere landen het als vanzelfsprekend wordt beschouwd dat contractanten de keuze hebben tussen een contractuele en een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering. Hoe komt het dat in België de samenloopvraag wel talrijke cassatiearresten heeft uitgelokt en het voorwerp uitmaakt van een uitgebreide doctrine? Als reden wordt precies verwezen naar de verschillende houding ten opzichte van de begroting van economische schade. De keuze om al dan niet vermogensbelangen op dezelfde wijze te beschermen als immateriële belangen, blijkt sterk verband te houden met de vraag of samenloop al dan niet wordt toegestaan¹⁷.

In verschillende Europese landen wordt de vergoeding van economische schade ingeperkt. ‘*Keeping the floodgates shut*’ is daarbij een veel gehoord argument. Of anders gezegd, er bestaat vaak een vrees dat het beschermen van

¹³. Voor een overzicht van de gelijkenissen en verschillen tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, zie T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 83 et seq.

¹⁴. Vgl. E. DIRIX, “Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico’s” in I. BOONE, I. CLAEYS en L. LAVRYSEN (eds.), *Liber amicorum H. Bocken. Dare la luce. De arbeid en de strijd om licht en klaarheid te brengen*, Brugge, die Keure, 2009, 64.

¹⁵. Cass. 27 november 2006, *NJW* 2008, 28, noot I.B.

¹⁶. B. DUBUISSON, “Le concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Ultime tentative de conciliation” in I. BOONE, I. CLAEYS en L. LAVRYSEN (eds.), *Liber amicorum H. Bocken. Dare la luce. De arbeid en de strijd om licht en klaarheid te brengen*, Brugge, die Keure, 2009, 79.

¹⁷. Vgl. E. DIRIX, “Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico’s”, o.c., 60.

loutere vermogensbelangen in het aansprakelijkheidsrecht tot een lawine van aansprakelijkheidsvorderingen zou leiden. Daarbij wordt ook beweerd dat de financiële gevolgen voor een schadeverwekker bijzonder groot kunnen zijn in geval van economische schade. Een ander argument is dat het leven en de fysieke integriteit nu eenmaal meer bescherming verdienen dan loutere economische belangen¹⁸.

Hierbij kunnen heel wat kritische bemerkingen worden geplaatst. Vooreerst wordt het zgn. *floodgates*-argument doorgaans zonder meer geponeerd, zonder wetenschappelijk onderzoek of dit daadwerkelijk zo is. Is het inderdaad zo dat landen, zoals België, die geen ranking maken van beschermingswaardige belangen, af te rekenen hebben met veel meer aansprakelijkheidsvorderingen dan landen die wel een ranking maken? Het valt op dat hierover nauwelijks gegevens beschikbaar zijn. Ook het tweede argument roept vragen op, nu ook bij lichamelijke schade een fout disproportionele gevolgen met zich kan meebrengen. *Infra* zal nog worden ingegaan op het derde argument, nl. de vraag of economische belangen inderdaad minder bescherming verdienen dan andere belangen. In elk geval vertrekt een dergelijk argument van de op het eerste gezicht vreemde premisse dat het aansprakelijkheidsrecht aldus niet in staat zou zijn om bescherming te bieden aan alle belangen.

9. Ongeacht of de argumenten al dan niet verdedigbaar zijn, heeft dit er wel toe geleid dat in heel wat Europese landen *pure economic loss* nauwelijks beschermingswaardig wordt geacht in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht¹⁹. Dat lijkt in deze landen louter het terrein te zijn van de contractuele aansprakelijkheid²⁰. Wel wordt in deze landen de samenloop toegestaan zodat partijen die zich in een contractuele verhouding bevinden, toch kunnen kiezen voor een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering. Dat zal in het geval van economische schade echter, zoals gezegd, weinig zin hebben nu de vergoedbaarheid ervan veelal beperkt is.

In het Belgisch recht is het uitgangspunt anders: er bestaat weinig discussie over de vergoeding van economische schade, precies omdat het Hof van Cassatie alle rechtmatige belangen beschermingswaardig acht. Zoals *infra* zal worden uiteengezet, moet een slachtoffer aantonen dat hij schade leed door de schending van een rechtmatig belang. Dat mag een louter vermogensbelang zijn. Noch de wetgever, noch het Hof van Cassatie heeft in dit verband bepaalde belangen belangrijker geacht dan andere. Er bestaat aldus eenvoudigweg in België geen afwijzing van de toepassing van het bui-

tencontractueel aansprakelijkheidsrecht op economische schade. Wel heeft de vraag naar samenloop in het Belgisch recht heel wat rechtspraak van het Hof van Cassatie uitgelokt, wat uiteindelijk geresulteerd heeft in een samenloopverbod, waarop uitzonderingen bestaan. Er bestaat m.a.w. tussen contractanten geen keuze tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. De aard van de rechtsverhouding zal bepalen op welke grondslag een aansprakelijkheidsvordering mogelijk is tussen een schadeverwekker en een benadeelde. Dit principe brengt volgens een aantal auteurs met zich mee dat het Belgische recht geen andere keuze heeft dan de economische belangen te beschermen in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Nu partijen geen keuzerecht hebben, lijkt het immers moeilijk verdedigbaar om een totaal ander regime uit te werken in het contractrecht en het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van de vergoeding van economische schade. Anders oordelen zou bepaalde benadeelden kunnen discrimineren²¹.

B. De evolutie in de cassatierechtspraak

1. De samenloopproblematiek

10. De vraag naar wat schade precies betekent, beheerst de rechtspraak inzake de samenloopproblematiek. Voor de contractuele aansprakelijkheid beperken de artikelen 1150 en 1151 BW de vergoedbaarheid van schade tot de voorzienbare en rechtstreekse schade. Evenwel voegt die laatste vereiste weinig toe, zoals uit het cassatiearrest van 14 oktober 1985 blijkt. Aanleiding was de stroompanne naar een bakkerij door de fout van het nutsbedrijf dat de kabels niet voorzien had van de nodige merktekens. Getracht werd een onderscheid te maken tussen de directe gevolgen van de stroomonderbreking zoals het productieverlies en de indirecte gevolgen zoals de bijkomende personeelskosten. Het Hof van Cassatie besliste dat de niet-uitvoering van een contractuele verbintenis geen onrechtmatige daad oplevert in de zin van artikel 1382 BW om de enkele reden dat uit de wanprestatie naast directe gevolgen ook indirecte schade is voortgevloeid. Schadevergoeding wegens niet-nakoming van de verbintenis is ook verschuldigd voor indirecte schade die veroorzaakt is door het niet uitvoeren van de overeenkomst²². Aldus leidt contractuele aansprakelijkheid tot vergoeding van de voorzienbare schade. Dat heeft als voordeel dat contractpartijen de omvang van een mogelijke vergoedingsplicht kunnen incalculeren en een daartoe geschikte aansprakelijkheidsverze-

¹⁸ Zie de bespreking van M. BUSSANI en V.V. PALMER, "The notion of pure economic loss and its settings" in M. BUSSANI en V.V. PALMER (eds.), *Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, 16 *et seq.*

¹⁹ Zie het overzicht van M. BUSSANI en V.V. PALMER, "The liability regimes of Europe – their façades and interiors", *o.c.*, 120 *et seq.*

²⁰ W.H. VAN BOOM, H. KOZIOL en C. WITTING, "Outlook" in W.H. VAN BOOM, H. KOZIOL en C.A. WITTING (eds.), *Pure economic loss*, Wenen, Springer-Verlag, 2004, 191.

²¹ M. BUSSANI en V.V. PALMER, "The liability regimes of Europe – their façades and interiors", *o.c.*, 129 *et seq.* Zie ook B. DUBUISSON, "Le concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Ultime tentative de conciliation", *o.c.*, 71 *et seq.*

²² Cass. 14 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 179, *RCJB* 1988, 341, noot M. VAN QUICKENBORNE.

kering kunnen afsluiten²³. Evenwel wordt het begrip voorzienbare schade ruim ingevuld, nu enkel de oorzaak voorzienbaar moet zijn²⁴. Inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid geldt – zoals gezegd – de regel van de volledige schadevergoeding, zodat alle schade moet worden vergoed.

11. Het naar elkaar toegroeien van contractuele en buitencontractuele schade neemt niet weg dat deze begrippen de vraag naar samenloop blijven beheersen, precies door het belang dat het Hof van Cassatie er lijkt aan te hechten. Gelet op het feit dat we in beginsel in de contractuele sfeer vertoeven, hoeft het niet te verbazen dat het veelal gaat om gevallen van economische schade. In het bekende stuwadoorarrest moest het Hof van Cassatie zich uitspreken over het volgende schadegeval. De fabrikant van een hydraulische draaimachine sloot een contract af met een rederij om de machine over zee te vervoeren. De rederij deed daarvoor op haar beurt beroep op een stuwadoor. Bij het laden van de machine in het schip werd het daarin aanwezige materiaal zwaar beschadigd doordat er een kist op de kaai viel. De fabrikant werd vergoed door zijn verzekeraar en deze vorderde schadevergoeding van de stuwadoor op grond van artikel 1382 BW. In hoger beroep werd de vordering gedeeltelijk gegrond verklaard, maar het Hof van Cassatie vernietigde het arrest. Het Hof overwoog dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die optreedt om de contractuele verbintenis van een partij uit te voeren, extra-contractueel enkel kan worden aangesproken indien de hem verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis, doch van een iederen opgelegde verplichting, en indien de fout andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt²⁵. Hoewel dit arrest betrekking heeft op de co-existentie van aansprakelijkheid, werd deze gedachtegang ook toegepast op de samenloop tussen twee contractanten²⁶. In een later arrest formuleerde het Hof van Cassatie een uitzondering op het samenloopverbod voor het geval een contractuele fout ook een misdrijf uitmaakt²⁷.

Dit stuwadoorsarrest was de aanzet tot een lange discussie tussen de aanhangers van de zgn. *verfijningstheorie* enerzijds en de zgn. *verdwijningstheorie* anderzijds²⁸. De verfijners waren van oordeel dat het Hof van Cassatie voorstander was van samenloop en zijn rechtspraak enkel had verfijnd.

Meer bepaald zou samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid mogelijk zijn indien de fout en de schade niet louter contractueel zijn²⁹. De meeste auteurs waren evenwel voorstanders van de verdwijningstheorie en oordeelden dat het Hof van Cassatie een samenloopverbod had geformuleerd. Een buitencontractuele vordering tussen contractpartijen zou enkel nog mogelijk zijn als fout en schade geheel vreemd zijn aan het contract³⁰. Deze theorie raakte meer en meer ingeburgerd waardoor in de rechtsleer stilaan werd aangenomen dat de discussie definitief beslecht was in het voordeel van het samenloopverbod³¹.

12. Tot verbazing van velen wijzigde het Hof van Cassatie in 2006 evenwel zijn rechtspraak in het zgn. *Tiercé Franco Belge*-arrest. Het ging over een persoon die een weddenschap op paardenwedrennen had geplaatst in een turfkantoor. Normaal gezien zou die weddenschap bijna 75.000 EUR moeten opleveren, maar het kantoor weigerde de prijs uit te betalen omdat het formulier niet gevalideerd was. De uitbaatster van het turfkantoor had verzuimd dat te doen omdat door een windvlaag het formulier achter de kassa was terechtgekomen. Het hof van beroep te Brussel stelde het turfkantoor aansprakelijk op grond van artikel 1384, derde lid BW, dat de regel van de aanstellersaansprakelijkheid voorschrijft bij onrechtmatige daad van de aangestelde met schade aan een derde tot gevolg. Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest omdat de appelrechters een contractuele band hadden aanvaard tussen de benadeelde en de werkgever, maar laatstgenoemde aansprakelijk stelden op buitencontractuele basis zonder de gevolgen van een mogelijke samenloop te onderzoeken. Het Hof bevestigde voorts dat een contractant die zich door een werknemer laat vervangen voor de uitvoering van een contractuele verplichting, zelf contractueel aansprakelijk is voor de schade die de uitvoerder veroorzaakt. Het Hof preciseerde verder de voorwaarden waaronder een contractant door zijn medecontractant buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld, nl. als de fout een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien deze fout andere dan aan de slechte uitvoering van het contract te wijten schade heeft veroorzaakt³².

23. E. DIRIX, "Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico's", *o.c.*, 60-61.

24. Cass. 23 februari 1928, *Pas.* 1928, I, 85.

25. Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *RGAR* 1974, nr. 9.317, noot J.-L. FAGNART. Dit standpunt werd nadien herhaaldelijk bevestigd. Zie bv. Cass. 28 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 827; Cass. 23 mei 1997, *Arr.Cass.* 1997, 563.

26. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 98.

27. Cass. 26 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 244. Voor een bespreking, zie T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 106 *et seq.*

28. Zie H. BOCKEN, "Daar gaan we weer...? Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006" in *Feestbundel H. Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 49 *et seq.*

29. Zie o.a. J. HERBOTS, "De nalatige stuwadoor" (noot onder Cass. 7 december 1973), *RW* 1973-74, 1600 *et seq.*; J. VAN RYN, "Responsabilité aquilienne et contrats", *JT* 1975, 505.

30. Zie o.a. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *TPR* 1980, 1454 *et seq.*

31. H. BOCKEN, "Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *NJW* 2007, 722.

32. Cass. 29 september 2006, *RW* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN, *TBO* 2007, 66, noot K. VANHOVE.

Op deze wijze wijzigde de eerste kamer van het Hof van Cassatie de voorwaarden voor samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. De afwijking ten opzichte van het stuwadoorsarrest ligt enkel op vlak van de fout en niet op vlak van de schade. De fout moet niet langer vreemd zijn aan de overeenkomst, de schade wel³³. De interpretatie van de schadevereiste blijft de hamvraag. Wanneer de contractuele schade ruim wordt geïnterpreteerd, wordt het bijzonder moeilijk om te bewijzen dat schade vreemd is aan het contract. In dat geval is het cassatiearrest van 26 september 2006 van weinig belang voor de praktijk³⁴. Enkel wanneer de contractuele schade strikt wordt omschreven, zal er ruimte zijn voor schade vreemd aan het contract en zal het vermelde cassatiearrest daadwerkelijk relevant zijn. E. DIRIX stelt in dit verband dat het logisch is dat het Hof van Cassatie in dit laatste geval het samenloopverbod terzijde schuift. Het valt niet in te zien waarom een overeenkomst immuniteit zou verlenen voor schade die niet contractueel is³⁵.

2. Co-existentie van aansprakelijkheden

13. Co-existentie van aansprakelijkheid veronderstelt een relatie van minstens drie personen waarbij een zelfde schadeverwekkende feit aanleiding kan geven tot buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover derden en tot contractuele aansprakelijkheid ten aanzien van de medecontractant³⁶.

14. Meestal gaat het over actieve co-existentie wat betekent dat een medecontractant voor de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen beroep doet op een derde (een aangestelde of zelfstandige uitvoeringsagent) door wiens fout de overeenkomst niet behoorlijk wordt uitgevoerd³⁷. In dergelijk geval kan in elk geval de hoofdschuldenaar worden aangesproken wegens contractuele wanprestatie, aangezien hij moet instaan voor de fouten van hulppersonen³⁸. Het kan zijn dat het minder interessant is om de hoofdschuldenaar aan te spreken, bijvoorbeeld vanwege diens insolventie of vanwege een exoneratiebeding.

Zoals blijkt uit de hierboven besproken cassatierechtspraak, zal het slechts uitzonderlijk mogelijk zijn om de hulppersoon aan te spreken op buitencontractuele basis, behoudens

evenwel de uitzondering in geval van strafrechtelijk misdrijf³⁹.

15. Passieve co-existentie wil zeggen dat een zelfde fout contractuele aansprakelijkheid kan opleveren tegen een medecontractant en buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover een derde. Een contractuele fout neemt niet weg dat eventueel ook de algemene zorgvuldigheidsnorm kan geschonden zijn met schade aan een derde tot gevolg. Dit geldt ongeacht of de contractuele fout wordt begaan door de hoofdschuldenaar dan wel door een hulppersoon⁴⁰.

Hier moet nog aan toegevoegd worden dat de mogelijkheid voor de derde om in dergelijk geval op grond van artikel 1382 BW schadevergoeding te vorderen, geldt ongeacht eventuele exoneratie- of vrijwaringsbedingen tussen de contractpartijen. De relativiteit der overeenkomsten, zoals geformuleerd in artikel 1165 BW, leidt ertoe dat overeenkomsten enkel gevolgen met zich meebrengen tussen de contractpartijen. Aldus hebben exoneratie- en vrijwaringsbedingen geen derdenwerking⁴¹. Neem het voorbeeld van het arrest over de stad Gent die met de organisatoren van een betoging was overeengekomen dat laatstgenoemden zouden instaan voor de vergoeding van de eventuele schade ten gevolge van die betoging. Wanneer een derde, *in casu* een winkelier, schade lijdt bij die betoging, kan de stad Gent het vrijwaringsbeding niet aanvoeren tegen de winkelier. Hij is vreemd aan het beding. De stad Gent zal de benadeelde moeten vergoeden, maar kan nadien de betogers in vrijwaring roepen⁴².

3. Het belang voor de economische schade

16. De rechtspraak over de samenloopproblematiek maakt duidelijk dat het veelal gaat over economische schade. Nu het bestaan van een contractuele relatie het uitgangspunt is van de vraagstelling, gaat het immers voornamelijk over vermogensbelangen. Welke effecten heeft de besproken cassatierechtspraak nu op de vergoedbaarheid van economische schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht?

Het lijkt geen twijfel dat het in de cassatierechtspraak geformuleerde samenloopverbod belangrijke implicaties heeft

³³ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 102 *et seq.*; B. DUBUISSON, "Le concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Ultime tentative de conciliation", *o.c.*, 77 *et seq.*

³⁴ A. VAN OEVELEN, "De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: een koerswijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie?" (noot onder Cass. 29 september 2006), *RW* 2006-07, 1721; H. BOCKEN, *o.c.*, *NJW* 2007, 730.

³⁵ E. DIRIX, "Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico's", *o.c.*, 62.

³⁶ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, *o.c.*, *TPR* 1980, 1463.

³⁷ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 308.

³⁸ Cass. 21 juni 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1268; Cass. 26 september 2006, *NJW* 2006, 946, noot I.B. Zie ook E. DIRIX, "Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen" in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys&Breesch, 1993, 346 *et seq.*

³⁹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 110-111.

⁴⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 113 *et seq.*

⁴¹ R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, nr. 4284; S. STJNS en H. VUYE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, deel V, *Zakenrecht*, boek IV, *Burenhinder*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 299; A. VAN OEVELEN, "Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 33 *et seq.*

⁴² Cass. 7 september 1962, *Pas.* 1963, I, 32, noot W.G.

voor de economische schade. Wanneer deze schade optreedt tussen contractanten, zullen zij een contractuele aansprakelijkheidsvordering moeten instellen, behalve onder de in het *Tiercé Franco Belge*-arrest bepaalde voorwaarden. Zoals *supra* uiteengezet, zal in dat verband de interpretatie van de contractuele schade doorslaggevend zijn. Denk aan het vaak gegeven voorbeeld van de schilder die een tapijt van een klant beschadigt. Is dit contractuele schade die voortvloeit uit de slechte uitvoering van zijn contractuele plicht of staat die schade daar los van? Het spreekt voor zich dat de interpretatie die de feitenrechter zal geven, doorslaggevend zal zijn om de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering al dan niet mogelijk te maken. In de rechtsleer vinden we uiteenlopende reacties terug.

E. DIRIX toont zich een groot voorstander van het samenloopverbod. Een ‘*hard and fast rule*’ heeft volgens hem het voordeel van de duidelijkheid en leidt tot rechtszekerheid. Hij beschouwt het samenloopverbod als een belangrijk instrument om het aantal aansprakelijkheidsvorderingen in te perken. Het kan, aldus E. DIRIX, niet de bedoeling zijn dat een mogelijke buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering het contract komt doorkruisen, zeker gelet op de mogelijkheid om bijvoorbeeld exoneratieclausules contractueel in te lassen⁴³. Andere auteurs bepleiten een grotere aandacht voor de bescherming van goederen en vermogensbelangen. B. DUBUISSON stelt voor dat contractuele verbintenissen eng moeten worden geïnterpreteerd wat heel wat ruimte laat voor buitencontractuele aanspraken bij beschadiging van goederen. Teruggrijpend naar het voorbeeld van de schilder, argumenteert hij dat diens contractuele plicht erin bestaat zijn schilderwerken correct uit te voeren. Als daarbij een tapijt wordt beschadigd, moet een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering mogelijk zijn. Het kan zijn dat het schilderwerk perfect uitgevoerd is en er dus geen sprake is van contractuele aansprakelijkheid, maar – aldus B. DUBUISSON – de benadeelde moet in dit geval op grond van artikel 1382 BW vergoeding kunnen vorderen voor de schade aan zijn tapijt⁴⁴.

Afdeling 3. De jurisprudentiële afbakening van de aansprakelijkheidsvoorwaarden van artikel 1382 BW

A. Geen a priori-beperkingen?

17. Het valt op dat in andere rechtssystemen de bekommernis om het aantal aansprakelijkheidsvorderingen niet te laten

uitdijen, veel prominenter aanwezig is dan in het Belgische recht. Dat blijkt uit het feit dat andere landen kiezen voor bepaalde inperkingen, zoals de leer van de relatieve onrechtmatigheid en het afbakenen van de aanspraakgerechtigden. Dat heeft zijn weerslag op de aansprakelijkheidsvorderingen tot vergoeding van economische schade, voornamelijk wanneer deze schade bij weerkaatsing wordt geleden.

18. In het Duitse en het Nederlandse recht bijvoorbeeld geldt de leer van de relatieve onrechtmatigheid, ook de normbestemmingsleer of *Schutznormtheorie* genoemd. De draagwijdte van deze theorie is dat rechtsnormen steeds een welbepaalde finaliteit hebben zodat een aansprakelijkheidsvordering enkel ontvankelijk is wanneer de overtreden norm ertoe strekte bescherming te bieden aan het slachtoffer van het schadegeval. De schade is aldus enkel vergoedbaar wanneer deze werd berokkend aan een persoon die binnen het beschermingsbereik valt van de overtreden norm⁴⁵. Op deze wijze wordt het aantal aanspraken beperkt.

Zeer bekend is het arrest *Poot / ABP* dat de Nederlandse Hoge Raad uitsprak op 2 december 1994. Beslist werd dat een aandeelhouder geen aansprakelijkheidsvordering kan instellen tegen derden die vermogensschade toebrengen aan de kapitaalvennootschap waarin de aandeelhouder aandelen bezat⁴⁶. Derden kunnen aldus geen aanspraak maken op vergoeding van afgeleide schade, nu de schending van de zorgvuldigheidsplicht van de schadeverwekker jegens de bank, niet doorwerkt. Er is in dat geval geen sprake van onrechtmatig gedrag van de schadeverwekker jegens de aandeelhouders. De normbestemmingsleer beperkt zo in hoofdzaak de kring der aanspraakgerechtigden, wat de aansprakelijkheidsvordering voor economische schade beperkt, voornamelijk voor de indirecte slachtoffers.

Het Belgische Hof van Cassatie maakt toepassing van deze leer in een arrest van 22 augustus 1940⁴⁷, maar dit is een alleenstaand geval. De Belgische rechtspraak en rechtsleer staan afkerig ten aanzien van de leer van de relatieve onrechtmatigheid⁴⁸. De overtreding van een norm die een bepaald gedrag gebiedt of verbiedt, kan in hoofde van elk slachtoffer de basis vormen voor een aansprakelijkheidsvordering. Of zij al dan niet werden beschermd door die norm, moet niet worden onderzocht door de feitenrechter⁴⁹.

19. In sommige andere rechtssystemen werd voorts gekozen voor het beperken van het aantal aanspraakgerechtigden. Dit is bijvoorbeeld het geval in Nederland. Wanneer een slachtoffer ten gevolge van een onrechtmatige daad overlijdt,

43. E. DIRIX, “Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico’s”, *o.c.*, 59 *et seq.*

44. B. DUBUISSON, “Le concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Ultime tentative de conciliation”, *o.c.*, 80-84.

45. Voor een grondige bespreking: D. PHILIPPE, “La théorie de la relativité aquilienne” in *Mélanges R.-O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, 467 *et seq.*

46. HR 2 december 1994, *RvdW* 1994, 263.

47. Cass. 22 augustus 1940, *Pas.* 1940, I, 205.

48. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 123-124.

49. E. DIRIX, *Het begrip schade*, 22; J. LIMPENS, “La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé” in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Parijs, 1965, 573 *et seq.*

somt artikel 6:108, eerste lid NBW op limitatieve wijze op wie wegens derving van levensonderhoud een aansprakelijkheidsvordering kan instellen tegen de schadeverwekker⁵⁰.

Een dergelijk systeem bestaat niet in België. Eenieder die schade lijdt ten gevolge van een onrechtmatige daad, kan de schadeverwekker aanspreken. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen rechtstreekse en onrechtstreekse slachtoffers. Aldus kunnen ook diegenen die bij weerslag of weerkaatsing schade leden, een aansprakelijkheidsvordering instellen⁵¹. Er is geen enkele juridische band vereist tussen diegene die rechtstreeks werd getroffen en zij die schade leden bij weerkaatsing, waardoor het aantal personen dat onrechtstreeks schadelijder kan zijn, in beginsel onbeperkt is⁵².

20. Zoals I. BOONE en B. WYLLEMAN terecht opmerken, lijkt de zorg in België over een te ver uitdijend aansprakelijkheidsrecht niet sterk aanwezig, voornamelijk vanwege de regel van de integrale schadevergoeding. De idee dat een slachtoffer recht heeft op een volledige vergoeding van zijn schade, domineert het aansprakelijkheidsrecht en lijkt belangrijker te zijn dan de vraag of er geen beperkingen moeten worden gesteld⁵³. Eenieder die erin slaagt de toepassingsvoorwaarden van de door hem aangevoerde aansprakelijkheidsregel te bewijzen, heeft recht op een volledige vergoeding van zijn schade. De vraag moet gesteld worden of dit daadwerkelijk tot een stortvloed van aansprakelijkheidsvorderingen leidt. Kunnen diegenen die rechtstreeks economische schade leden steeds aanspraak maken op vergoeding? Denk bijvoorbeeld aan de eigenaar van een winkel die cliënteel verliest door te lang aanslepende wegenwerken in de straat waar hij is gevestigd. En wat met diegenen die economische schade bij weerkaatsing leden⁵⁴? Kan de werkgever aanspraak maken op schadevergoeding voor het verlies van arbeidsprestaties wanneer zijn werknemers door de fout van een derde uren in de file staan⁵⁵? Kunnen de aandeelhouders van een bank schadevergoeding claimen, wegens de waardevermindering van hun aandelen na fouten van derden? En – indien het antwoord op al deze vragen positief zou zijn – gebeurt de begroting van de schade dan per definitie naar billijkheid?

Het antwoord veronderstelt een grondigere analyse van de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 BW. Weliswaar gelden de vereisten van fout, schade en oorzakelijk verband op identiek dezelfde wijze voor economische schade als voor andere schade, maar de invulling ervan kan voor economische schade bijzondere vragen doen rijzen⁵⁶.

B. De schade

21. Schade werd hierboven reeds omschreven als het feit dat een slachtoffer zich na een onrechtmatige daad in een minder gunstige positie bevindt dan ervoor. Opdat de schade vergoedbaar zou zijn, wordt voorts vereist dat een rechtmatig belang werd geschonden en dat de schade zeker en persoonlijk werd geleden.

1. Rechtmatig belang

22. Aanvankelijk gold de regel dat een slachtoffer enkel aanspraak kon maken op schadevergoeding wanneer het slachtoffer op het door hem verloren voordeel een subjectief recht kon laten gelden⁵⁷. Reeds in het arrest van 16 januari 1939 deed het Hof van Cassatie uitdrukkelijk afstand van deze regel. Het ging in dit geval over een vrouw die om het leven kwam bij een door een derde op foutieve wijze veroorzaakt ongeval. Haar broer vorderde morele schadevergoeding maar eveneens vergoeding wegens verlies aan inkomsten, nu hij voordien met het slachtoffer samenwoonde en mee van haar inkomsten genoot. De centrale vraag was of de man hiervoor recht had op vergoeding, gelet op het feit dat hij geen recht had op onderhoud door zijn zus. Het Hof van Cassatie besliste dat ook het verlies van een belang schade kan uitmaken⁵⁸. In dezelfde zin werd geoordeeld over de aanspraak op schadevergoeding van een kloostergemeenschap na het overlijden van één van haar leden. De overledene had immers steeds vrijwillig een deel van zijn inkomsten afgestaan aan de kloostergemeenschap zodat zij nu financieel verlies leed⁵⁹.

In het arrest van 16 januari 1939 werd reeds beklemtoond dat het belang noodzakelijkerwijze rechtmatig moet zijn⁶⁰.

⁵⁰ S.D. LINDENBERGH, “Schade van derden door verwonding of overlijden van een naaste”, *TPR* 2002, 1430 *et seq.*

⁵¹ L. CORNELIS, “L’apparence trompeuse du dommage par répercussion” in JEUNE BARREAU DE LIÈGE (ed.), *L’indemnisation du préjudice corporel*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1996, 152; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 660.

⁵² D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Schade en schadeloosstelling in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Gent, E.Story-Scientia, 1999, 35-36.

⁵³ I. BOONE en B. WYLLEMAN, “De vergoeding van schade van derden in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht” in *Preadviezen 2010. Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2010, 265. Zie ook A. VAN OEVELEN, “La modération de la réparation du dommage dans le droit belge de la responsabilité civile extra-contractuelle” in *The limits of liability. Keeping the floodgates shut*, Den Haag, Kluwer, 1996, 65.

⁵⁴ Economische schade wordt vaak bij weerkaatsing geleden. Zie V.V. PALMER en M. BUSSANI, *o.c.*, *Electronic Journal of Comparative Law* 2007, www.ecjl.org, 11.

⁵⁵ Voorbeeld ontleend aan I. BOONE en B. WYLLEMAN, “De vergoeding van schade van derden in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht”, *o.c.*, 265.

⁵⁶ Vgl. M. BUSSANI en V.V. PALMER, “The liability regimes of Europe – their façades and interiors”, *o.c.*, 131 *et seq.*

⁵⁷ R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, nr. 2875.

⁵⁸ Cass. 16 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 25; Cass. 3 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 921.

⁵⁹ Cass. 4 september 1972, *RW* 1972-73, 715.

⁶⁰ Zie ook Cass. 3 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 921.

De cassatierechtspraak hierover is sterk geëvolueerd, voornamelijk wat de aanspraken betreft van (al dan niet overspelige) feitelijke partners van een overleden slachtoffer. De rechtmatigheid van hun belang staat niet meer ter discussie⁶¹.

23. De aard van het geschonden belang is aldus niet relevant. Ook loutere vermogensbelangen komen in aanmerking. De feitenrechter heeft zo geen appreciatievrijheid om te beslissen of een belang al dan niet beschermingswaardig is, hoewel sommige auteurs hiervoor wel hebben gepleit⁶². Het recht beschermt zo alle rechtmatige belangen, wat zonder twijfel een goed zaak is. Het ligt geenszins voor de hand om een ‘ranking’ op te stellen van belangen die meer bescherming bieden dan andere. Bovendien lijkt het bevoorstellen van bepaalde belangen ook te steunen op de vooronderstelling dat het aansprakelijkheidsrecht niet in staat zou zijn om bescherming te bieden aan alle belangen en dus aan alle slachtoffers⁶³. Daarbij wordt soms opgemerkt dat het niet beschermen van vermogensbelangen een verantwoorde keuze kan zijn, omdat schadegevallen (waarbij dergelijke belangen zijn geschonden) vaak bijzonder veel slachtoffers maken. Een goed voorbeeld is de *Exxon Valdez*-zaak over de olietanker die op 24 maart 1989 een gigantische milieuramp veroorzaakte door het verlies van miljoenen liters olie. De milieuschade alsook de economische schade was enorm en leidde tot meer dan 30.000 claims (van touroperators, vissers, hoteleigenaars, ...). Evenwel kunnen we toch bezwaarlijk als regel hanteren dat dergelijke schadeverwekkers niet kunnen worden aangesproken omdat er te veel slachtoffers zijn⁶⁴?

2. Zekere schade

24. Schade komt enkel in aanmerking voor vergoeding wanneer het bestaan ervan zeker is. Zekere schade wil zeggen dat de schade in zo’n hoge mate waarschijnlijk is, dat de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel moet denken, ook al is dat theoretisch nog mogelijk⁶⁵. Zekere schade staat tegenover hypothetische schade waarvoor nooit vergoeding kan worden toegekend, nu schade nooit enkel mag steunen op veronderstellingen⁶⁶.

Evenwel mag zekerheid over het bestaan van de schade niet worden verward met zekerheid over de omvang van de schade. Schadeloosstelling verwijst enkel naar het rechtsgevolg dat intreedt zodra een slachtoffer met succes de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 BW heeft bewezen. Hoewel de schade bewezen kan zijn, kan de feitenrechter moeilijkheden hebben om de omvang van de schade te bepalen. Dit betreft louter een probleem van schadebegroting, niet van zekerheid van schade⁶⁷.

3. Persoonlijke schade

25. Conform artikel 17 Ger.W. geldt de regel ‘geen vordering zonder belang’ waarbij het om een eigen belang gaat. Toegepast op een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering wil dat zeggen dat een eiser enkel schadevergoeding kan vorderen voor persoonlijke schade. Ook het Hof van Cassatie verwoordde dit belang in een arrest van 19 november 1982 als een “persoonlijk en rechtstreeks, dit wil zeggen een eigen belang”⁶⁸. Zoals *supra* uiteengezet, kunnen niet alleen de rechtstreekse slachtoffers maar ook zij die schade bij weerkaatsing leden, schadevergoeding vorderen. Het Burgerlijk Wetboek bepaalt niet op limitatieve wijze wie slachtoffer kan zijn.

Evenwel moet voor de vergoeding van economische schade de specifieke vraag worden beslecht of ook afgeleide schade in aanmerking komt voor vergoeding. Meer in het bijzonder rijst – voor het geval het vermogen van een vennootschap schade lijdt door de fout van een derde – de vraag of niet alleen de vennootschap (als rechtstreeks slachtoffer) maar ook de aandeelhouders (als onrechtstreekse slachtoffers) schadevergoeding kunnen vorderen.

26. De meerderheidsopvatting verdedigt de stelling dat enkel de vennootschap een aansprakelijkheidsvordering kan instellen⁶⁹. De aandeelhouders kunnen de schadeverwekker niet aanspreken voor de schade die enkel bestaat uit de reflectie van schade aan het vennootschapsvermogen op de waarde van zijn aandeel⁷⁰. Dit standpunt werd recentelijk bevestigd in het cassatiearrest van 23 februari 2012⁷¹. Het mag duidelijk zijn dat dit mogelijk nadelige gevolgen kan hebben voor de aandeelhouders, nu de vennootschap van-

^{61.} Zie de bespreking van de relevante cassatierechtspraak door T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 635 *et seq.* Zie ook D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Schade en schadeloosstelling*, 42 *et seq.*

^{62.} Zie o.a. de stelling van I. BOONE en B. WYLLEMAN, “De vergoeding van schade van derden in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht”, *o.c.*, 321-322.

^{63.} M. BUSSANI en V.V. PALMER, “The notion of pure economic loss and its settings”, *o.c.*, 21.

^{64.} M. BUSSANI en V.V. PALMER, “The notion of pure economic loss and its settings”, *o.c.*, 17-20.

^{65.} R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, 75.

^{66.} W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 451.

^{67.} T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 638-639.

^{68.} Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 373, met concl. Adv. Gen. E. KRINGS.

^{69.} Zie o.a. R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, nr. 2997; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 100; J. VANANROYE, “Zelfstandige vorderingsrechten van aandeelhouders voor schade aan het vennootschapsvermogen” in H.J. DE KLUIVER en J. WOUTERS (eds.), *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 235 *et seq.*

^{70.} Merk op dat de aandeelhouders dus wel een vorderingsrecht hebben voor schade die rechtstreeks hun vermogen aantast, zoals schade geleden door aankoop van aandelen op basis van onjuiste informatie van de bestuurders. Zie Cass. 26 januari 1922, *Pas.* 1922, I, 143.

^{71.} Cass. 23 februari 2012, *TRV* 2012, 319, noot J. VANANROYE.

zelfsprekend de gevolgen zal moeten dragen van de verbinteniserightelijke verhouding tussen haar zelf en de schadeverwekker. Denk bijvoorbeeld aan een exoneratieclausule bedongen in hun contractuele verhouding. De individuele aandeelhouders kunnen de gevolgen ervan dus niet vermijden door zelf een aansprakelijkheidsvordering in te stellen⁷².

27. De aansprakelijkheidsspecialisten verantwoordden deze stelling door erop te wijzen dat de aandeelhouders enkel in hun hoedanigheid van vennoot schade lijden. Wanneer de schade van de vennootschap wordt hersteld, verdwijnt terzelfdertijd de schade van de aandeelhouders. Ook wanneer de vennootschap evenwel beslist om geen aansprakelijkheidsvordering in te stellen, blijft de regel gelden dat de aandeelhouders geen aanspraken kunnen laten gelden⁷³. Niet de fout van een derde, maar wel de beslissing van de vennootschap, sluit dan de schadeloosstelling uit⁷⁴.

Sterkere argumenten worden evenwel gevonden in het vennootschapsrecht. J. VANANROYE wijst ter verklaring op de rechtspersontechniek en wijst erop dat de aandeelhouders geen derden zijn naast de primaire schadelijder, zoals traditioneel het geval is bij slachtoffers die schade lijden door weerkaatsing. De aandeelhouders zijn daarentegen deelgenoten in de primaire schadelijder, nl. de vennootschap. Dit komt doordat de vennootschap de titularis is van de rechten en verplichtingen van deze entiteit (en dus ook van mogelijke rechtsvorderingen) en niet de personen die schuil gaan achter de vennootschap, ook al halen zij economisch voordeel uit de vennootschap en/of hebben ze het feitelijke meesterschap over die entiteit⁷⁵. J. VANANROYE verantwoordt de afwijzing van het vorderingsrecht van de aandeelhouders nog op andere gronden. Zo wijst hij op het bestuursregime dat geldt binnen vennootschappen, waarbij om redenen van efficiëntie het essentieel is dat de vordering wordt geconcentreerd bij de vennootschap zelf. Ook moet rekening worden gehouden met de bescherming van de schuldeisers van de vennootschap, die voorrang behoren te hebben op de vennootschapsactiva. Logischerwijze leidt dat ertoe dat de aandeelhouders de vennootschapsschuldeisers moeten laten voorgaan⁷⁶.

Deze principes werden recentelijk toegepast door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel die zich op 3 februari 2011 moest uitspreken over de *Fortis*-zaak en meer bepaald over de aansprakelijkheidsvordering op grond van artikel 1382

BW die door de aandeelhouders van Fortis werd ingesteld tegen de Belgische Staat met het oog op de vergoeding van de schade die zij leden door de waardevermindering van hun aandelen en een verlies aan potentieel van hun aandelen. Zij verweten aan de Belgische Staat buiten de wet te hebben gehandeld door zich rechtstreeks te mengen in het bestuur van de Fortis-vennootschappen en ook bij de uitwerking van een aantal rechtshandelingen te hebben gehandeld in strijd met verschillende rechtsnormen en -regels. Met toepassing van de meerderheidsopvatting oordeelde de rechtbank dat de schade van de aandeelhouders kan worden omschreven als patrimoniale reflexschade waarvoor zij wegens het ontbreken van persoonlijke schade geen vorderingsrecht hebben. Kenmerkend, aldus dus de rechtbank, is immers dat de schade van de aandeelhouders verdwijnt wanneer de vennootschap wordt vergoed⁷⁷.

De minderheidsopvatting, voornamelijk verdedigd door D. DEMAREZ, vindt aldus geen weerklank in het Belgisch recht. Hij bepleit de toekenning van een individueel vorderingsrecht aan de aandeelhouders voor afgeleide schade, om reden dat deze schade volgens hem wel persoonlijke schade vormt voor de aandeelhouders. Evenwel voegt hij eraan toe dat schade ook zeker moet zijn. Bijgevolg ziet hij enkel ruimte voor een individuele aansprakelijkheidsvordering van de aandeelhouders wanneer het zeker is dat de schade niet aan de vennootschap zal worden vergoed, bijvoorbeeld omdat zij afstand deed van haar vorderingsrecht⁷⁸.

C. Causaal verband

1. De equivalentielee

28. Hierboven werd reeds aangestipt dat er in het Belgisch recht geen *a priori*-beperkingen bestaan in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Daar moet nog aan worden toegevoegd dat het Hof van Cassatie het bestaan van een oorzakelijk verband tussen fout en schade beoordeelt op grond van de equivalentietheorie, die na toepassing van de *conditio sine qua non*-test geen verdere selectie voorziet. Elke fout zonder dewelke de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* voordeed, wordt als een oorzaak van de schade beschouwd⁷⁹. Alle fouten die een noodzakelijke voorwaarde vormen voor de schade, worden in aanmerking genomen⁸⁰.

⁷² J. VANANROYE, "Aandeelhouders hebben geen zelfstandig vorderingsrecht voor afgeleide schade" (noot onder Cass. 23 februari 2012), *TRV* 2012, 320.

⁷³ Deze stelling wordt ook verdedigd door I. BOONE en B. WYLLEMAN, "De vergoeding van schade van derden in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht", *o.c.*, 315-316.

⁷⁴ R.-O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, nr. 2997; I. BOONE en B. WYLLEMAN, "De vergoeding van schade van derden in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht", *o.c.*, 311.

⁷⁵ J. VANANROYE, *o.c.*, *TRV* 2012, 320-321.

⁷⁶ J. VANANROYE, *o.c.*, *TRV* 2012, 322.

⁷⁷ Rb. Brussel 3 februari 2011, *TRV* 2011, 199.

⁷⁸ D. DEMAREZ, *Afgeleide schade van aandeelhouders*, proefschrift K.U.Leuven, 2004, 276 *et seq.* In dezelfde zin: K. GRILLET, "Verantwoordelijkheid vennootschap en bestuurders. Schadevergoeding voor individuele aandeelhouders wegens waardevermindering van aandelen", *NJW* 2007, 146 *et seq.*

⁷⁹ Cass. 30 oktober 1973, *Arr.Cass.* 1974, 250; Cass. 27 maart 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 946.

⁸⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 765.

29. De beoordeling van deze causaliteitsleer moet zonder twijfel genuanceerd zijn. Het grote voordeel is het slachtoffervriendelijk karakter, aangezien een slachtoffer elke persoon die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdroeg tot de schade, voor het geheel kan aanspreken⁸¹. In die zin lijkt het tevens een objectieve theorie, die de subjectieve interpretatie van de feitenrechter voorkomt en zo de rechtszekerheid dient⁸². Via de leer van het rechtmatig alternatief⁸³ kijkt het Hof van Cassatie er trouwens op toe dat de feitenrechter de causaliteitsvraag beslecht op grond van de concrete feiten. Hij moet het verhaal van het schadegeval reconstrueren waarbij de foutieve gedraging niet wordt weggedacht maar wordt vervangen door een hypothetisch rechtmatig alternatief. Wanneer de schade zich ook zou hebben voorgedaan in die hypothese, staat vast dat de fout niet in causaal verband staat met de schade⁸⁴. Evenwel krijgt de equivalentieleer ook veel kritiek, omdat de aansprakelijkheid ver kan uitdijen, zowel in de tijd, als wat het aantal actoren betreft⁸⁵. Deze theorie geeft de feitenrechter ook weinig beoordelingsvrijheid, terwijl sommige oorzaken in bepaalde gevallen nu eenmaal meer doorwegen dan andere⁸⁶.

30. Ondanks de kritiek blijft het Hof van Cassatie de equivalentieleer toepassen. Een dergelijke causaliteitsbeoordeling heeft haar belang voor de economische schade. De feitenrechter zal in de causaliteitsfase weinig ruimte hebben om de aansprakelijkheidsvordering tot vergoeding van de economische schade af te wijzen⁸⁷. Als vaststaat dat er een noodzakelijk verband is tussen de fout en de schade, zal het oorzakelijk verband immers vaststaan. Enkele voorbeelden kunnen dit verduidelijken.

Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde dat de NMBS recht heeft op vergoeding wanneer door de fout van een derde de treinen moeten worden omgelegd, aangezien hieraan bijkomende kosten zijn verbonden. Aangezien dergelijke kosten niet aan de klanten kunnen worden doorgerekend, moet de schadeverwekker hiervoor instaan⁸⁸. Ook in een recente uitspraak van 31 januari 2013 moest het hof van beroep te Antwerpen zich uitspreken over de causaliteitsvraag naar aanleiding van een schadegeval met economische

schade. Het ging in dit geval over de uitbater van een kansspelinrichting (nl. een speelautomatenhal), die aanvoerde dat hij door twee onrechtmatig genomen beslissingen van de gemeente waar zijn speelautomatenhal was gevestigd, gedurende enkele periodes moest sluiten. De uitbating van een kansspelcommissie is onderworpen aan de aflevering van een vergunning klasse B. Als voorwaarde voor het verkrijgen van die vergunning, moet met de gemeente waar de kansspelinrichting gevestigd is, een convenant worden gesloten. Het convenant bepaalt onder meer waar de kansspelinrichting wordt gevestigd alsook een aantal voorwaarden en modaliteiten. De uitbater deed twee keer een aanvraag bij de gemeente, die evenwel telkens weigerde het convenant af te sluiten. Deze weigeringen hadden tot gevolg dat de kansspelcommissie ook weigerde om de noodzakelijke vergunning af te leveren. De Raad van State schorste en vernietigde vervolgens de beslissingen van de gemeente⁸⁹. Ook de weigeringsbeslissing van de kansspelcommissie werd vernietigd. De uitbater vorderde schadevergoeding van de gemeente voor winstderving alsook omdat voor andere periodes kansen werden gemist om de uitbating verder uit te bouwen gelet op de bestaanszekerheid. De gemeente betwistte evenwel het bestaan van het oorzakelijk verband tussen haar fout en de aangevoerde schade, omdat volgens haar de sluiting haar oorzaak vond in de weigering van de kansspelcommissie om de vereiste vergunning af te leveren. Het hof van beroep wees die redenering af. Gelet op het feit dat de weigering van de kansspelcommissie precies gebaseerd was op de weigering van de gemeente om het convenant af te sluiten, staat inderdaad vast dat zonder de fout van de gemeente de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* voordeed⁹⁰.

In de rechtsleer worden nog andere voorbeelden gegeven, zoals de hoteleigenaar die omzetverlies lijdt doordat in een nabijgelegen bos in strijd met de toepasselijke regelgeving wordt gekapt of de handelsagent die een belangrijke afspraak mist door een door een derde veroorzaakte file. Het aantonen van het causaal verband zal in deze gevallen niet problematisch zijn. Evenwel is de rechtspraak hierover schaars, voornamelijk nu ook nog het bewijs moet worden

⁸¹. H. COUSY en A. VANDERSPIKKE, "Causation under Belgian law" in J. SPIER (ed.), *Unification of tort law: causation*, Den Haag, Kluwer, 2000, 24.

⁸². J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, nr. 48.

⁸³. H. BOCKEN, "Actuele problemen inzake het oorzakelijk verband" in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys&Breesch, 1993, 94; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 778 *et seq.*; L. CORNELIS, "Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?", *o.c.*, 9.

⁸⁴. Bv. Cass. 15 mei 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1180.

⁸⁵. I. DURANT, "La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement?" in P. WÉRY (ed.), *Droit des obligations. Développements récents et pistes nouvelles*, CUP Volume 96, Luik, Anthémis, 2007, 43 *et seq.*; H. BOCKEN, "Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek", *TBBR* 1998, 270.

⁸⁶. R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, nr. 2357.

⁸⁷. M. BUSSANI en V.V. PALMER, "The liability regimes of Europe – their façades and interiors", *o.c.*, 131 *et seq.*

⁸⁸. Antwerpen 27 maart 1991, *RW* 1994-95, 366.

⁸⁹. Merk op dat een arrest van de Raad van State dat een bestuurshandeling nietig verklaart, een gezag *erga omnes* heeft. Dat wil zeggen dat het arrest niet alleen geldt ten aanzien van de overheid wiens beslissing nietig werd verklaard maar ten aanzien van alle derden wier belangen hierbij betrokken waren. De burgerlijke rechter is aldus verplicht om in dergelijk geval de buitencontractuele fout vast te stellen van de overheid in kwestie wanneer naar aanleiding hiervan, een derde een aansprakelijkheidsvordering instelt tegen die overheid. Zie W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 490; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 210 *et seq.*

⁹⁰. Antwerpen 31 januari 2013, *onuitg.*

geleverd van zekere schade⁹¹.

31. Voorts mag de equivalentieeler niet louter herleid worden tot de *conditio sine qua non*-test, omdat de rechtspraak ook verfijningen en uitzonderingen heeft gecreëerd. Een consequente toepassing van de equivalentieeler zou immers tot onbillijke en verregaande resultaten leiden⁹². In wat volgt, zullen enkel de bijzondere toepassingen worden besproken die relevant zijn voor de economische schade.

2. Doorbreking van het causaal verband door een eigen juridische oorzaak

32. Vragen naar vergoeding van economische schade worden wel degelijk soms vertroebeld door de causaliteitsvraag⁹³ en meer bepaald door de theorie van de verbreking van het causaal verband door een eigen juridische oorzaak. Aanleiding zijn schadegevallen waardoor een derde (werkgevers, verzekeraars, ...) verplicht wordt uitkeringen te doen waartoe hij contractueel of wettelijk verplicht is. In het inmiddels bekende *Walter Kay*-arrest besliste het Hof van Cassatie dat een overheid die kosten maakt om zich te kwijten van haar verplichtingen in verband met waterwegen of havens, geen schade lijdt, aangezien zij een door de wet of een verordening opgelegde verplichting vervult⁹⁴. Dit arrest kreeg meteen felle kritiek, nu hiermee een uitzondering werd gecreëerd op de equivalentieeler⁹⁵. Ook werd aan het Hof verweten de feitelijke oorzakelijkheid en de rechtsgrond van de verplichting of de juridische oorzaak met elkaar te verwarren⁹⁶. Na deze kritiek is het Hof van Cassatie op zoek gegaan naar een ander criterium⁹⁷ nu het Hof de idee dat een contractuele of wettelijke plicht de oorzakelijkheid kan doorbreken, toch niet wilde loslaten.

In de meest recente rechtspraak hierover wordt het tegenovergestelde uitgangspunt gekozen. Aanleiding waren schadegevallen waarbij door de fout van derden ambtenaren arbeidsongeschikt werden waardoor de overheid verplicht was het loon door te betalen. Kan de overheid in dergelijk geval het uitbetaalde loon en de sociale bijdragen en bedrijfsvoorheffingen terugvorderen? Het Hof van Cassatie besliste in 5 arresten uitgesproken op 19 februari 2001 dat

het bestaan van een wettelijke, contractuele of reglementaire verplichting niet uitsluit dat schade ontstaat in de zin van artikel 1382 BW, tenzij wanneer blijkt de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement, de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe heeft verbonden of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten⁹⁸. In een later arrest sprak het Hof van Cassatie zich ook uit over de bewijslast ter zake. Diegene die vergoeding vordert voor de uitgaven die hij verricht heeft krachtens een wettelijke, contractuele of reglementaire verplichting, draagt daarvan de bewijslast (conform art. 1315, eerste lid BW en art. 870 Ger.W.). Of een uitgave op grond van een dergelijke verplichting al dan niet definitief voor rekening moet blijven van wie ze heeft gedaan, is evenwel geen feit dat door de partijen moet worden bewezen. Hierover oordeelt de feitenrechter door uitlegging van de overeenkomst, de wet of het reglement⁹⁹.

33. Toegepast op de tewerkstellende overheid wil deze rechtspraak zeggen dat de loonuitgaven ten gunste van een tijdelijk arbeidsongeschikt personeelslid, terugvorderbaar zijn van de aansprakelijke derde¹⁰⁰. In dezelfde zin kan worden aangenomen dat nutsbedrijven, zoals de NMBS of De Lijn, schadevergoeding kunnen vorderen wanneer door de fout van een derde, omleidingen moet worden georganiseerd, andere bussen/treinen... moeten worden ingelegd, enz.¹⁰¹.

Deze rechtspraak verdient goedkeuring. De werkgever of de overheid die het loon doorbetaalt van een arbeidsongeschikt personeelslid, is daartoe wettelijk verplicht. Het betreft een voorzienbaar risico maar dat wil niet zeggen dat de werkgever of de overheid deze uitgaven definitief moet dragen. De uitkeringen kunnen worden beschouwd als voorschotten aan de werknemer die logischerwijze nadien kunnen worden verhaald op de aansprakelijke derde. Het zou onredelijk zijn dat de schadeverwekker zou kunnen ontsnappen aan aansprakelijkheid louter door op te werpen dat de overheid of werkgever een wettelijke plicht heeft tot doorbetaling van het loon¹⁰².

34. Deze rechtspraak heeft evenwel tot controverse geleid

⁹¹. I. BOONE en B. WYLLEMAN, "De vergoeding van schade van derden in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht", *o.c.*, 317-318.

⁹². T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 865.

⁹³. Zoals E. DIRIX, "Abstracte en concrete schade", *RW* 2000-01, 1332, opmerkt naar aanleiding van de vraag of nutsbedrijven vergoeding kunnen vorderen voor de kosten van herstel in eigen beheer.

⁹⁴. Cass. 28 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1004, met concl. F. DUMON.

⁹⁵. R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, nr. 2510.

⁹⁶. K. FAES, "De theorie van het verbreken van het oorzakelijk verband door de tussenkomst van een wettelijke of contractuele verplichting", *TPR* 2003, 438.

⁹⁷. Voor een bespreking van de evolutie in de cassatierechtspraak, zie T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 848 *et seq.*

⁹⁸. Cass. 19 februari 2001 (vijf arresten), *Arr.Cass.* 2001, 318 *et seq.* Hierover uitvoerig: I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, nr. 450 *et seq.*

⁹⁹. Cass. 18 september 2007, www.cass.be.

¹⁰⁰. Zoals beslist in de zgn. loondoorbetalingsarresten d.d. 19 februari 2001 (reeds geciteerd).

¹⁰¹. E. DIRIX, *o.c.*, *RW* 2000-01, 1332-1333.

¹⁰². T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 854-855.

inzake de terugvorderbaarheid van uitgaven gedaan door verzekeraars. Zo besliste het Hof van Cassatie dat schadeverzekeraars, zoals een arbeidsongevallenverzekeraar, niet als benadeelden in de zin van artikel 1382 BW kunnen worden beschouwd¹⁰³. Hetzelfde geldt voor een ziekenfonds dat prestaties verstrekt aan het slachtoffer van een onrechtmatige daad¹⁰⁴. Wel moet bij dergelijke verzekeringen rekening worden gehouden met het subrogatierecht van artikel 41 wet landverzekeringsovereenkomst. In een interessante zaak moest het Hof van Cassatie zich uitspreken over het volgende schadegeval. Een huurder van een door een verkeersongeval vernietigde vrachtwagen had zich verzekerd tegen de financiële gevolgen van de vernietiging van het voertuig. De verzekeraar had de kredietinstelling de in het raam van de leasingovereenkomst verschuldigde bedragen betaald en vorderde deze vervolgens terug van de aansprakelijke derde. De correctionele rechtbank te Charleroi besliste dat de verzekeraar een eigen schade leed en dat het oorzakelijk verband tussen de fout van de derde en de schade dus niet werd verbroken door de contractuele plicht van de verzekeraar. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de beslissing niet verantwoord was naar recht. Maar in plaats van de beslissing te vernietigen, wijzigde het Hof de juridische grondslag. Gelet op het vergoedende karakter van deze verzekeringsovereenkomst is de in artikel 41, eerste lid wet landverzekeringsovereenkomst bedoelde in de plaatsstelling van toepassing en treedt de verzekeraar ten belope van de uitgekeerde bedragen in de rechten van de verzekerde¹⁰⁵.

Nu in deze gevallen de schadeverzekeraar een subrogatoir verhaal heeft op de aansprakelijke derde en dergelijke verzekeringsovereenkomst een vergoedend karakter hebben, vraagt I. BOONE zich af waarom niet meteen erkend wordt dat de schadeverzekeraar eigen schade leed en dus een verhaalsrecht heeft¹⁰⁶. Blijkbaar spelen beleidsoverwegingen mee waardoor de belangen van de verzekeraar niet beschermingswaardig worden geacht, nu de normale werking van het contract toch niet wordt verstoord¹⁰⁷.

35. Belangrijk is voorts dat het Hof van Cassatie wel het bestaan van vergoedbare schade aanvaardt wanneer de schuldenaar op grond van een overeenkomst verplicht is in

de staan voor het behoud van de zaak en deze wordt beschadigd of ontvreemd door de fout van een derde. De beschadiging of diefstal wordt als een storende factor beschouwd in de normale uitvoering van de overeenkomst waarvoor de derde aansprakelijk kan worden gesteld¹⁰⁸. Een voorbeeld vinden we in het cassatiearrest van 27 november 2007. De federale overheidsdienst Financiën had een zichtrekening bij De Post. Een bedrag van ongeveer 92.000 EUR werd door misleiding van een bediende van De Post ontvreemd en op de rekening van een derde gestort. De Post stortte dit bedrag terug aan de federale overheidsdienst Financiën en stelde zich burgerlijke partij tegen de derde die op bedrieglijke wijze zich de sommen had eigen gemaakt. Hij voerde evenwel aan dat De Post geen eigenaar was van dit geld en geen persoonlijke schade leed door het misdrijf. Het Hof van Cassatie besliste dat de enkele omstandigheid dat hij die gelden in bewaring heeft, de bewaargever in uitvoering van de overeenkomst terugbetaalt wanneer een derde zich deze gelden bedrieglijk eigen maakt, niet uitsluit dat de bewaarder daardoor schade lijdt¹⁰⁹.

36. Ten slotte rijzen er in praktijk ook vaak vragen over de verhaalbaarheid van kosten in het raam van de orde- en veiligheidsverplichting van de overheid. Denk aan het wegslepen van foutief geparkeerde wagens of van tankwagens die olie lekken op de openbare weg, personeel dat ingezet wordt bij voor ordehandhaving bij betogingen of om in dergelijk geval de openbare weg weer proper te maken, enz. Ter zake kan worden geargumenteed dat de kosten voor orde- en veiligheidsstaken van algemeen belang definitief ten laste moeten blijven van de overheid aangezien het hier om de kerntaken van de overheid gaat. Evenwel zijn hierop uitzonderingen¹¹⁰. Denk aan de wettelijke regelingen die uitdrukkelijk voorschrijven dat een dienst gratis is¹¹¹ of die in een verhaalsrecht voorzien. Een voorbeeld is de in de Wegcode ingeschreven mogelijkheid om een stilstaande of geparkeerde wagen te verplaatsen op risico en kosten van de bestuurder en de burgerlijk aansprakelijke personen, wanneer de bestuurder dit weigert of afwezig is, tenzij de bestuurder afwezig is en het voertuig reglementair geparkeerd is¹¹².

¹⁰³. Bv. Cass. 30 november 2009, www.cass.be.

¹⁰⁴. Cass. 3 september 2003, *Verkeersrecht* 2003, 328.

¹⁰⁵. Cass. 26 maart 2003, *Arr. Cass.* 2003, 764, concl. J. SPREUTELS.

¹⁰⁶. I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, nrs. 483-495.

¹⁰⁷. L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 928; I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, nr. 489.

¹⁰⁸. I. BOONE en B. WYLLEMAN, "De vergoeding van schade van derden in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht", *o.c.*, 294-295.

¹⁰⁹. Cass. 27 november 2007, *NJW* 2008, 594, noot I.B.

¹¹⁰. In die zin: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 857-860.

¹¹¹. Zie bv. KB van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen worden verhaald en diegene die gratis zijn (*BS* 27 augustus 2009).

¹¹². Art. 4.4. KB van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer en van het gebruik op de openbare weg (*BS* 9 december 1975).

HOOFDSTUK 2. DE BEGROTING VAN DE SCHADE

Afdeling 1. Aanknopingspunten voor de begroting van de economische schade

37. De regel van de integrale schadeloosstelling verplicht de feitenrechter om de schade *in concreto* te begroten. Dat zorgt ervoor dat het slachtoffer zo goed mogelijk wordt teruggeplaatst in de toestand waarin hij zich bevond voor het schadegeval. Zo wordt gekozen voor een concreet schadebegrip en een concrete schadebegroting, waarbij de berokkende schade de enige maatstaf is om de schade te begroten¹¹³. Niettemin moet deze vaststelling enigszins worden genuanceerd, nu dit in de praktijk niet altijd zo eenvoudig is.

Om te bepalen of de overstap naar een meer abstracte schadebegroting wenselijk/mogelijk is, moet vooreerst worden stilgestaan bij het verschil tussen een abstract schadebegrip en een abstracte schadebegroting. E. DIRIX heeft terecht opgemerkt dat beide niet met elkaar mogen worden verward. Een abstract schadebegrip wil zeggen dat de particuliere aspecten van de benadeelde buiten beschouwing worden gelaten. Het uitgangspunt is dan de schade zoals die zich in een normaal geval zou voordoen, wat voordelig kan zijn voor het slachtoffer dat af te rekenen heeft met bewijsmoeilijkheden. Een klassiek voorbeeld is artikel 1153 BW op grond waarvan de schadevergoeding wegens de vertraging in de betaling van een geldsom in de regel nooit in iets anders bestaat dan in de wettelijke interest. Deze schadevergoeding is verschuldigd zonder dat de schuldeiser zijn schade moet bewijzen. De moratoire rente beantwoordt zo aan een abstract schadebegrip. Het gaat om een onweerlegbaar vermoeden waardoor de schuldeiser geen aanspraak kan maken op een hoger bedrag, evenmin als de schuldenaar mag aanvoeren dat de schade kleiner is. Evenwel wordt zo geraakt aan het aansprakelijkheidsrecht, aangezien een benadeelde geconfronteerd wordt met een onweerlegbaar vermoeden van het bestaan van een bepaalde schade. Een dergelijk schadebegrip is aldus niet inpasbaar in artikel 1382 BW¹¹⁴.

Een abstracte schadebegroting daarentegen wil zeggen dat de schade op abstracte wijze wordt begroot, waarbij elke partij de vrijheid heeft om aan te tonen dat in de concrete omstandigheden de schade groter of kleiner was¹¹⁵.

38. In het Belgische recht wordt reeds veelvuldig toepassing gemaakt van een abstracte schadebegroting. Het beste voorbeeld betreft de Indicatieve Tabel waarvan een nieuwe versie verscheen in 2012¹¹⁶. Hoewel de tabel niet bindend is, wordt er toch veelvuldig gebruik van gemaakt. In een opmerkelijk arrest van 11 september 2009 besliste het Hof van Cassatie trouwens dat de feitenrechter noch de artikelen 1382-1383 BW noch artikel 6 EVRM schendt door bij de bepaling van de schade tijdens de periodes van tijdelijke ongeschiktheid op aanvullende wijze gebruik te maken van de Indicatieve Tabel¹¹⁷. Een voorbeeld van een abstracte schadebegroting betreft de vaste cassatierechtspraak die stelt dat de eigenaar van een vernield of een beschadigd voertuig recht heeft op een volledige schadevergoeding met inbegrip van de BTW die bij de aankoop of het herstel van de wagen verschuldigd is. Ook in de hypothese dat de benadeelde zijn wagen niet vervangt of niet laat herstellen, zal hij dus een integrale vergoeding ontvangen waaronder ook het BTW-bedrag valt¹¹⁸.

De Indicatieve Tabel houdt vast aan de eerder besproken *summa divisio* tussen personenschade en zaakschade, waarbij laatstgenoemde categorie grotendeels wordt herleid tot schade aan voertuigen in de ruime zin van het woord¹¹⁹. Het valt op dat de aandacht voor de vergoeding van personenschade veel groter is dan die voor de zaakschade. Ondanks het feit dat het Hof van Cassatie geen ranking van beschermingswaardige belangen heeft vooropgesteld, geeft dit toch nog steeds blijk van een groter belang dat wordt gehecht aan de bescherming van de persoon dan aan zaken. D. SIMOENS stelt in dit verband dat het ergste wat een zaak kan overkomen, is dat ze niet kan worden hersteld en dan nog kan ze worden vervangen door een andere zaak¹²⁰. Dat helpt de feitenrechter natuurlijk niet vooruit.

Over de vergoeding van *pure economic loss* wordt eenvoudigweg niet gesproken. De Indicatieve Tabel besteedt enkel aandacht aan *consequential economic loss*, nl. de mogelijke economische gevolgen van tijdelijke en blijvende ongeschiktheid of door het overlijden van een naaste. Denk bijvoorbeeld aan de economische ongeschiktheid in de periode van TAO of BAO. Het betreft dus enkel economische schade, met een direct verband met de lichamelijke schade.

¹¹³. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 690-691.

¹¹⁴. Vgl. L. CORNELIS, "Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?", *o.c.*, 8-9.

¹¹⁵. E. DIRIX, *o.c.*, RW 2000-01, 1329.

¹¹⁶. Voor een uitgebreide bespreking van de verhouding tussen de regel van de volledige schadevergoeding en het gebruik van de Indicatieve Tabel, zie D. SIMOENS, "De Indicatieve Tabel: de belangrijkste innovatie in het Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht sinds 1804?" in J.-L. DESMECHT, T. PAPART en W. PEETERS (eds.), *Indicatieve Tabel 2012*, Brugge, die Keure, 2012, 71 *et seq.* Zie voorts T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 693 *et seq.*, over de voor- en nadelen van de Indicatieve Tabel.

¹¹⁷. Cass. 11 september 2009, RW 2011-12, 1658.

¹¹⁸. Cass. 9 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 27; Cass. 12 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1041; Cass. 11 mei 2000, *Arr.Cass.* 2000, 885.

¹¹⁹. De Indicatieve Tabel besteedt immers niet enkel aandacht aan de begroting van de schade door de totale vernieling van een voertuig, maar ook bv. aan takelkosten, de terugvorderbaarheid van BTW e.d.

¹²⁰. D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Schade en schadeloosstelling*, 299.

39. Aldus zal de feitenrechter geen beroep kunnen doen op de Indicatieve Tabel wanneer hij uitspraak moet doen over de begroting van *pure economic loss*. Dit leidt ertoe dat in dergelijk geval de feitenrechter geen andere keuze heeft dan de schade concreet te begroten. Er bestaat eenvoudigweg geen leidraad voor de feitenrechter. Het gebrek aan visie over hoe economische schade moet worden begroot, wordt in de rechtsleer meestal ook niet als problematisch ervaren. Kunnen we evenwel toch lessen trekken uit de Indicatieve Tabel? Zeer zeker. De Indicatieve Tabel heeft tegenstanders, die de vrees uiten dat de tabel te normerend wordt waardoor er (te) weinig aandacht wordt besteed aan de concrete schade van een slachtoffer. Ten onrechte zou de indruk kunnen ontstaan dat de toekenning van forfaits de enige billijke vorm van schadevergoeding is¹²¹. Maar de Indicatieve Tabel kent ook heel wat voorstanders, die er terecht op wijzen dat de normering de rechtszekerheid bevordert en impliceert dat een aantal procedures wordt vermeden of veel sneller gaan. Terzelfdertijd blijft het een richtsnoer, waardoor de feitenrechter de mogelijkheid behoudt om ervan af te wijken¹²².

In het domein van de economische schade zou deze lijn kunnen worden doorgetrokken. Voor een feitenrechter is het immers ook bijzonder moeilijk om in dit geval de schade concreet te begroten. Stel dat een winkelier schade lijdt door een verlies aan cliënteel ten gevolge van wegenwerken in de straat waar zijn winkel is gevestigd. Hoe bepaal je in dergelijk geval de concrete schade? In de praktijk wordt in dergelijke gevallen vaak ook voor een abstracte schadebegroting gekozen. Voorts zal vaak niet alleen vergoeding worden gevorderd voor de effectieve schade maar ook voor het verlies van de kans om een bepaald voordeel te verwerven of een bepaald nadeel te vermijden. Denk bijvoorbeeld aan de beroepsfout van de advocaat die niet tijdig hoger beroep aantekent waardoor zijn cliënt de kans verliest om de zaak in hoger beroep te winnen¹²³. De verlies van een kansleer wordt in Afdeling 2 verder toegelicht.

Het valt m.i. dan ook te betreuren dat de Indicatieve Tabel geen enkele richtlijn geeft over de begroting van economische schade. Hoewel het zonder meer een bijzonder moeilijke zaak is, zou de rechtszekerheid er zeker mee gebaat zijn dat feitenrechters ook hierover richtlijnen zouden krijgen. Zoals hierboven al aangestipt, zou m.i. de loutere oplijsting van de verschillende schadeposten die onder het begrip 'economische schade' vallen al een grote hulp betekenen.

40. Anno 2013 zal het evenwel de taak van de feitenrechter zijn om de omvang van de economische schade en de daaraan gekoppelde schadevergoeding te bepalen. Hoewel aan-

lokkelijk, mag het niet de bedoeling zijn dat te snel of automatisch wordt teruggegrepen naar een begroting *ex aequo et bono*. Het is vaststaande cassatierechtspraak dat de feitenrechter de schade enkel naar billijkheid mag begroten wanneer hij de reden aangeeft waarom de door de benadeelde voorgestelde berekeningswijze niet kan worden gevolgd en als hij tevens vaststelt dat het niet mogelijk is om de schade anders te bepalen¹²⁴. Hierbij kunnen enkele aandachtspunten worden gesignaleerd.

41. Ten eerste mag het feit dat de economische schade vaak *ex aequo et bono* wordt begroot, niet enkel worden toegeschreven aan de feitenrechters. Het is belangrijk om te wijzen op de verantwoordelijkheid van de slachtoffers zelf. Op hen rust de plicht om zo nauwkeurig mogelijk te bewijzen waaruit de economische schade in het concrete geval bestaat en daarvan de nodige bewijsstukken aan te leveren. Op die manier krijgt de feitenrechter de nodige aanknopingspunten om de aangevoerde schadeposten en de bedragen daarvan te controleren. In de praktijk vormt het beperkte bewijsmateriaal in hoofdte van het slachtoffer vaak het struikelpunt. De benadeelden lijken niet steeds voldoende te beseffen dat ze daadwerkelijk alle concrete elementen moeten aanleveren die een begroting van hun schade toelaten. Dat heeft tot gevolg dat feitenrechters, bij gebrek aan bewijsmateriaal over de schade, niet anders kunnen dan de schade naar billijkheid te ramen. Sommige rechtbanken zijn nog strenger en beslissen dat als de benadeelde in gebreke blijft de schade te bewijzen, de vordering ongegrond moet worden verklaard.

In het reeds aangehaalde arrest van het hof van beroep te Antwerpen d.d. 31 januari 2013 was het ontbreken van concrete bewijselementen het struikelpunt. De vraag was hoe de schade kon worden begroot die het gevolg was van de verplichte sluiting van een speelgoedautomatenhal. Partijen waren het weliswaar eens over de periodes van sluiting. Blijft de vraag hoe het winstverlies moet worden bepaald. *In casu* werd de berekening gesteund op kennelijk eigenhandig opgestelde winstberekeningen zonder dat de appelrechters de duur van de sluiting of de opgegeven refertebedragen konden nagaan. Er werden weliswaar boekhoudkundige stukken neergelegd maar die werden niet in de berekening betrokken. Fiscale stukken werden niet neergelegd. Bijgevolg besloten de appelrechters – bij gebrek aan controleerbare stukken – om een provisionele schadevergoeding van 10.000 EUR toe te kennen¹²⁵.

Een ander voorbeeld betreft een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Gent van 23 september 2009 waarin uitspraak

¹²¹ Zie o.a. J. VAN STEENBERGE, "Kritische bedenkingen bij de Indicatieve Tabel" in M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *De nieuwe Indicatieve Tabel. Een praktische werkinstrument voor de evaluatie van menselijke schade*, Gent, Larcier, 2001, 9.

¹²² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 694 et seq.

¹²³ Toepassingen: Antwerpen 29 november 1994, *RW* 1996-97, 1029; Antwerpen 13 maart 2000, *T.Not.* 2003, 190; Luik 13 mei 2004, *RRD* 2004, 248; Bergen 16 november 2004, *JT* 2005, 254.

¹²⁴ Zie o.a. Cass. 30 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 340; Cass. 21 april 1999, *Arr.Cass.* 1999, 540; Cass. 20 februari 2004, *Pas.* 2004, I, 297.

¹²⁵ Antwerpen 31 januari 2013, 2009/AR/2026, *onuitg.*

werd gedaan over de schadevergoeding waarop Microsoft recht had nadat een derde onrechtmatig echtheidscertificaten van Microsoft had te koop aangeboden en verkocht. Microsoft vorderde een schadevergoeding wegens gederfde winst. Vooreerst stelde de rechtbank vast dat het geen twijfel leed dat Microsoft door de onrechtmatige verkopen schade zal hebben geleden. De rechter overwoog vervolgens uitdrukkelijk dat Microsoft haar schade had kunnen bewijzen aan de hand van bekentenissen, vaststellingen van verbalisanten of gerechtsdeurwaarders, getuigenverklaringen en/of boekhoudkundige stukken. Niets van dit alles werd evenwel voorgelegd door Microsoft zodat het aantal losse echtheidscertificaten dat onrechtmatig werd verkocht, niet kon worden vastgesteld. De omzet of de veelheid van de omzet is ter zake geen goed criterium omdat Microsoft volgens de rechtbank enkel *punitive damages* nastreefde, terwijl deze geen deel uitmaken van ons recht. Microsoft heeft zich beperkt tot het vorderen van een schadevergoeding *ex aequo et bono* waardoor ze niet voldoet aan haar bewijslast. Nu Microsoft aldus nagelaten heeft om toereikende stavingstukken voor te leggen teneinde de omvang van haar gederfde winst meer precies vast te stellen, kon volgens de rechtbank niet zomaar een vergoeding *ex aequo et bono* worden toegekend. Ook andere schadeposten werden afgewezen. Zo had Microsoft bijvoorbeeld ook een vergoeding van 2.500 EUR gevorderd wegens opsporingskosten, vaststellingskosten en beheerskosten in dit concrete dossier. Opnieuw stelde de rechtbank dat het niet opgaat om gemakshalve een schadevergoeding *ex aequo et bono* te vorderen, zonder ook maar één stuk voor te leggen¹²⁶.

Deze laatste uitspraak doet toch de wenkbrauwen fronsen. Een feitenrechter kan m.i. wijzen op de verantwoordelijkheid van de benadeelden zelf. Zij dragen conform artikel 1315 BW en artikel 870 Ger.W. de bewijslast en moeten het bestaan alsook de omvang van de schade aantonen. Het is voor een feitenrechter nu eenmaal een vrijwel onmogelijke taak om de omvang van de economische schade vast te stellen als de benadeelde geen concrete bewijsstukken levert. De weigering om in dat geval schadevergoeding toe te kennen als de feitenrechter reeds het bestaan van de schade heeft vastgesteld, is m.i. een brug te ver. Als de benadeelde immers fout, schade en oorzakelijk verband heeft bewezen, zijn alle constitutieve elementen van artikel 1382 BW vervuld. Het Hof van Cassatie stelt trouwens dat een feitenrechter de schade *ex aequo et bono* mag ramen wanneer geen enkele partij gegevens verschaft of kan verschaffen voor een juiste raming van de schade¹²⁷. In praktijk begroten de feitenrechters de schade naar billijkheid wanneer ze over geen of onvoldoende gegevens beschikken om de schade precies

te berekenen of wanneer ze geen gebruik kunnen maken van een andere berekeningsmethode¹²⁸.

42. De actieve rol van de rechter impliceert tevens dat hij ook zelf het initiatief kan nemen om bepaalde bewijsstukken te laten voorleggen door de schadeverwekkers om zo een correcte schadebegroting te realiseren. Een voorbeeld betreft het arrest van het hof van beroep te Brussel van 12 april 2011 waarin vastgesteld werd dat de zgn. Carlostoel het auteursrecht had geschonden van Stokke, die de zgn. Tripp Trappstoel op de markt heeft gebracht. Het ging in dit geval over een vordering tegen de winkelketen Prémaman die deze Carlostoel verkocht. Met het oog op de raming van de schade beval de rechtbank aan Prémaman om op volledige en door een boekhouder gecontroleerde wijze opgave te doen van de contactgegevens van de afnemers van de Carlostoelen, van het totaal aantal ingekochte, bestelde en/of in voorraad gehouden Carlostoelen, met opgave van inkooprijzen en data, gestaafd met afschriften van orders, orderbevestigingen, facturen en andere inkoopbescheiden alsook van het totaal aantal reeds verkochte, geleverde en/of teruggezonden Carlostoelen, alsmede de prijzen en leverdata daarvan, op dezelfde wijze gestaafd¹²⁹.

Vaak zal een partij ook in conclusie vragen dat de rechter op grond van artikel 877 Ger.W. de overlegging van bepaalde stukken beveelt. Meer bepaald kan de rechter bevelen dat een stuk of een eensluitend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd, wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derden een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit. De rechter heeft een ruime soevereine beoordelingsbevoegdheid om na te gaan of de toepassingsvoorwaarden vervuld zijn¹³⁰. Zeker de laatste voorwaarde – zijnde dat de rechter vermoedt dat het stuk in kwestie het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit – vormt herhaaldelijk de hinderpaal voor de toepassing van artikel 877 Ger.W. Het feit dat door het stuk kan bewezen worden, moet immers bepaald zijn en moet ook pertinent zijn voor de beslechting van het geschil¹³¹. Zo werd bijvoorbeeld in de recente *Fortis*-zaak nog geoordeeld dat de eiseres artikel 877 Ger.W. van hun doel hadden afgewend. De burgerlijke rechtbank te Brussel liet duidelijk verstaan dat strikt moet worden toegezien op de toepassingsvoorwaarden vooraleer de overlegging van stukken te kunnen bevelen. De rechtbank stelde dat het bij toepassing van artikel 877 Ger.W. niet mogelijk is om te vorderen dat een partij of rechtstreeks of onrechtstreeks betrokken derden al hun documentatie met betrekking tot bepaalde

¹²⁶. Rb. Brussel 23 september 2009, *AM* 2010, 42.

¹²⁷. Cass. 9 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 948.

¹²⁸. A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *TPR* 2007, 980.

¹²⁹. Brussel 12 april 2011, *AM* 2013, 93.

¹³⁰. Hierover: B. VANLERBERGHE, "Actualia inzake de bewijsvoering. De overlegging van stukken en het deskundigenonderzoek" in *Jaarboek CBR 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 474.

¹³¹. A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 307.

transacties zouden overleggen in de hoop hierin iets te vinden dat ongunstig is voor de tegenpartij¹³².

43. Wanneer er wel bewijzen worden voorgelegd, zullen deze door de feitenrechter moeten worden beoordeeld op hun overtuigingskracht, hoewel hij vaak een deskundige zal aanduiden ter beoordeling daarvan. In het civiel procesrecht geldt de leer van de innerlijke overtuiging, wat wil zeggen dat de feitenrechter een feit bewezen mag verklaren van zodra hij overtuigd is van de waarachtigheid ervan. Evenwel wijst B. ALLEMEERSCH erop dat die methode impliceert dat rechters toch vaak zullen terugvallen op hun algemene kennis en ervaring, wat tot uiteenlopende rechtspraak leidt in vergelijkbare gevallen. Hij geeft het voorbeeld van het bewijs van winstderving die gestaafd wordt met berekeningen door aan onafhankelijke consultant. Het is mogelijk dat een rechter met veel ervaring in dergelijke geschillen dat stuk anders beoordeelt dan een onervaren magistraat. Het kan zijn dat de meer ervaren magistraat bijvoorbeeld al vaker verslagen heeft gezien van het expertisebureau in kwestie en zo beter hun deskundigheid kan inschatten¹³³.

44. Ten tweede zal de feitenrechter vaak beroep doen op een deskundige, zoals reeds aangestipt in het vorige randnummer². Krachtens artikel 962, eerste lid Ger.W. kan de rechter ter oplossing van een voor hem gebracht geschil of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven. De feitenrechter beoordeelt de proportionaliteit, waarmee bedoeld wordt dat de onderzoeksmaatregel in verhouding moet staan tot het beoogde resultaat¹³⁴. De feitenrechter beslist ook over de opportuniteit van een deskundigenonderzoek¹³⁵. Een deskundigenonderzoek is slechts nuttig wanneer de door de partijen geleverde bewijzen niet volstaan om de zaak te kunnen beslechten¹³⁶. Stel bijvoorbeeld dat de feitenrechter vaststelt dat een benadeelde bepaalde stukken achterhoudt die relevant kunnen zijn voor de begroting van de economische schade. Dit kan een reden vormen om een deskundigenonderzoek te weigeren, indien de feitenrechter de overlegging ervan niet beveelt op grond van artikel 877 Ger.W.¹³⁷. Daarentegen kan in andere gevallen een deskundigenonderzoek zeer nuttig zijn. In een zaak die door Helmut Lotti en de NV Piet Roelen Productions werd ingesteld tegen platenmaatschappij BMG, besliste de burgerlijke rechtbank te Brussel een deskundi-

genonderzoek te gelasten. *In casu* beweerde deze zanger dat BMG zonder zijn toestemming bepaalde compilatie-CD's op de markt bracht, terwijl BMG slechts de toestemming had tot het uitbrengen van enkele andere CD's. Er waren evenwel door BMG reeds heel wat royalties uitgekeerd aan Helmut Lotti. De deskundige werd ermee gelast na te gaan of de reeds uitgekeerde royalties alle vergoedingen bevatten waarop Helmut Lotti recht had, met inbegrip van de royalties voor de foutief geëxploiteerde CD's¹³⁸.

De feitenrechter zal, in geval van aanstelling van een deskundige, in elk geval op grond van artikel 972 Ger.W. diens opdracht en de in acht te nemen termijnen moeten vastleggen in de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen. Om te vermijden dat een deskundige de opdracht of de draagwijdte ervan niet zou begrijpen, kan de feitenrechter bij het stipuleren van de opdracht de vragen zo goed mogelijk structureren en aangeven wat moet worden begrepen onder bepaalde begrippen¹³⁹. Evenwel moet er ook strikt op worden toegezien dat de deskundige de draagwijdte van zijn opdracht respecteert. Artikel 962, tweede lid Ger.W. stelt dat de feitenrechter niet verplicht is om het advies van de deskundige te volgen wanneer het strijdig is met zijn overtuiging. Anders gezegd, de feitenrechter beoordeelt in feite en op onaantastbare wijze de bewijswaarde van de vaststellingen en de gevolgtrekkingen van de deskundige¹⁴⁰.

45. Ten derde lijkt de nood aan een concrete begroting van de schade in geval van economische schade toch grotendeels te moeten worden vertaald in de zoektocht naar de juiste waarderingsmethodes. De economische schade is nu eenmaal niet eenvormig. Voor een aantal schadeposten zal de schade kunnen worden begroot aan de hand van concrete berekeningen, gebaseerd op beschikbare cijfers. Denk bijvoorbeeld aan winstmarges op waren die verloren gegaan zijn omdat deze goederen het voorwerp van een *product recall* hebben uitgemaakt. Of denk aan de kosten verbonden aan licentietarieven¹⁴¹. Voor talrijke andere schadeposten zal moeten worden gezocht naar parameters die een redelijke inschatting mogelijk maken en sterk variëren van geval tot geval¹⁴². Stel bijvoorbeeld dat een winkel door wegenwerken in de straat waar deze gevestigd is, minder verkoopt vanwege een verlies aan cliënteel. Uiteraard is het niet mogelijk exact te bepalen hoeveel klanten daadwerkelijk hebben afgehaakt. Evenwel kan in dit geval de omzet van de voorgaande jaren een correct aanknopingspunt zijn om de schade te ramen.

¹³² Rb. Brussel 3 februari 2011, *TRV* 2011, 199.

¹³³ B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard: over de rechter en zijn persoonlijk kennis(sen)*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23-24.

¹³⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 413.

¹³⁵ Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 263. Zie A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 347.

¹³⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 417; B. VANLERBERGHE, "De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek", *RW* 2007-08, 595.

¹³⁷ Dat was het geval in het reeds besproken arrest van het hof van beroep te Antwerpen d.d. 31 januari 2013.

¹³⁸ Rb. Brussel 8 december 2004, *AM* 2005, 249.

¹³⁹ Y. HANNEQUART, "L'expertise et le procès en responsabilité" in *Mélanges Roger Dalq. Responsabilité et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, 256.

¹⁴⁰ Cass. 4 januari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 491. Zie hierover: B. VANLERBERGHE, *o.c.*, *RW* 2007-08, 605.

¹⁴¹ B. MICHAUX en E. DE GRYSSE, "De handhaving van intellectuele rechten gereorganiseerd", *TBH* 2007, 641.

¹⁴² B. MICHAUX en E. DE GRYSSE, *o.c.*, *TBH* 2007, 641.

46. Wanneer er geen concrete aanknopingspunten beschikbaar zijn, kan dan alsnog worden teruggegrepen naar een begroting van de schade *ex aequo et bono*. Bepaalde feitenrechters motiveren die keuze trouwens zeer uitdrukkelijk.

Ter illustratie kan het vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel van 30 januari 2003 worden vermeld. De benadeelde in deze zaak was de houder van de auteursrechten op een bepaald ontwerp van handtassen. In het raam van een reclamecampagne had de tegenpartij 50.000 namaaktassen op de markt gebracht, waarvan de inbreuk op de auteursrechten werd vastgesteld. De benadeelde vorderde 20 EUR schadevergoeding per nagemaakte handtas, nl. 10 EUR voor de vergoeding van de gedeelde winst en 10 EUR voor de vergoeding van het geleden verlies. De rechtbank besliste evenwel dat het enerzijds niet zeker was dat elke klant van een nagemaakte handtas zonder de inbreuk een handtas zou hebben gekocht bij de benadeelde. Anderzijds was het zeker dat diegenen die een namaakhandtas kochten, geen handtas meer zouden kopen bij de benadeelde. Verder leed de benadeelde ook schade door het verlies aan attractiviteit van haar handtas door de gratis verspreiding van nagemaakte modellen. De mathematische berekening van de schade was, aldus de rechtbank, niet mogelijk. Wegens geleden verlies raamde de rechtbank de schade *ex aequo et bono* op 5 EUR per nagemaakte handtas¹⁴³.

Een ander voorbeeld betreft de uitspraak over de omleiding van het treinverkeer door de NMBS ten gevolge van een beschadiging van een spoorwegbrug. Hoe kan de schade worden begroot voor een omweg van 17,5 km? Het hof van beroep te Antwerpen begrootte de schade forfaitair op grond van een berekeningsmodel voor transportkosten inzake treinverkeer¹⁴⁴. Ook kan de NMBS schade lijden door de vertraging die het treinverkeer oploopt door een ongeval. De schade kan bestaan in de bijkomende sleet van het rollend materiaal en het verhoogde energiegebruik door het ontwikkelen van een hogere snelheid. De schade werd *ex aequo et bono* begroot¹⁴⁵.

47. Met deze aanknopingspunten wordt geen volledigheid

beoogd, maar kan m.i. toch worden beklemtoond dat de begroting van de economische schade *ex aequo et bono* geen automatisme mag zijn. De feitenrechter heeft de moeilijke taak de schade zo concreet mogelijk te ramen. Na een korte bespreking van de verlies van een kansleer (Afdeling 2), zal dit vervolgens worden geïllustreerd in het domein van de schending van intellectuele eigendomsrechten (Afdeling 3) en Europees mededingingsrecht (Afdeling 4)¹⁴⁶.

Afdeling 2. Verlies van een kansleer

48. De verlies van een kansleer verwijst naar alle gevallen waarbij een slachtoffer aanvoert dat hem de kans werd ontnomen om een bepaald voordeel te verwerven of een nadeel te vermijden¹⁴⁷. Een duidelijke illustratie vinden we terug in het amputatiearrest van 19 januari 1984 dat vaak als het principearrest wordt aangehaald. Het ging in dit geval over een patiënt met beenbreuken die met hevige pijnen werd opgenomen in het ziekenhuis maar die door de dienstdoende arts aan zijn lot werd overgelaten. De gevolgen waren dramatisch. Er werd gasgangreen vastgesteld waardoor het rechterbeen van de man moest worden afgezet. De arts werd veroordeeld tot een schadevergoeding van 80% omdat de patiënt de kans had verloren om geen of een minder ernstige amputatie te ondergaan¹⁴⁸.

Sindsdien kent de verlies van een kansleer een ruim toepassingsgebied¹⁴⁹, dat onder druk kwam te staan door het *zwaavelzuur*-arrest van 1 april 2004¹⁵⁰. Uit latere cassatierechtspraak blijkt evenwel dat het verlies van een kansleer niet werd afgeschaft door het Hof van Cassatie, maar nog steeds een afzonderlijke schadepost uitmaakt¹⁵¹. Enkel zal het slachtoffer erop moeten toezien dat het verlies van een kansleer niet kan worden toegepast als schadevergoeding wordt gevorderd voor definitief ingetreden schade¹⁵². Toepassingen zijn bijvoorbeeld het verlies van een kans op een gunstige afloop van een gerechtelijke procedure¹⁵³, het verlies van een kans tot bewijs¹⁵⁴, het verlies van een kans om na een openbare aanbesteding een overheidsopdracht toegevoerd te krijgen¹⁵⁵, ... Ook in het domein van de

¹⁴³. Rb. Brussel 30 januari 2003, *AM* 2005, 130.

¹⁴⁴. Antwerpen 27 maart 1991, *RW* 1994-95, 366.

¹⁴⁵. Brussel 5 november 1992, *De Verz.* 1993, 78.

¹⁴⁶. Afdeling 3 en 4 zijn gebaseerd op mijn bijdrage, "Punitieve elementen in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht" in J. ROZIE, A. VAN OEVELEN en S. RUTTEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 173-203.

¹⁴⁷. H. BOCKEN, "Geen kans verloren. Causale onzekerheid en de rechtspraak van het Hof van Cassatie over het verlies van een kans", *Postuniversitaire Cyclus Willy Delva. Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 271 *et seq.*; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 641 *et seq.*; I. BOONE, "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, 92 *et seq.*

¹⁴⁸. Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 585.

¹⁴⁹. B. WEYTS en Q. DE RAEDT, "De verlies van een kans-theorie" in E. BOYDENS en R. DE BAERDEMAEKER (eds.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge, die Keure, 2013, 68 *et seq.*

¹⁵⁰. Cass. 1 april 2004, *Pas.* 2004, I, nr. 174, met concl. Adv. Gen. WERQUIN. Zie o.a. N. ESTIENNE, "L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004: une chance perdue pour les victimes de fautes médicales?" (noot onder Cass. 1 april 2004), *JT* 2005, 359 *et seq.*

¹⁵¹. Zie o.a. Cass. 23 februari 2005, *RW* 2007-08, 62; Cass. 5 juni 2008, *NJW* 2009, 31.

¹⁵². Zie o.a. Cass. 12 oktober 2005, *RW* 2008-09, 667; Cass. 12 mei 2006, *JLMB* 2006, 1170.

¹⁵³. Brussel 29 april 2003, *RW* 2006-07, 15.

¹⁵⁴. Pol. Luik 4 november 1998, *Verkeersrecht* 1999, 328.

¹⁵⁵. Cass. 19 september 2002, *JT* 2003, 212.

beroepsaansprakelijkheden kent het verlies van een kansleer heel wat toepassingen. Hierboven werd reeds het voorbeeld gegeven van de advocaat die niet tijdig hoger beroep aantekent. Ook het verlies van een dossier door de politiediensten waarmee een slachtoffer het bewijs van een ongeval wilde leveren, leidde tot een schadevergoeding wegens verlies van de kans om de veroordeling van een derde te bekomen¹⁵⁶. Uit deze voorbeelden blijkt meteen het belang van het verlies van een kansleer in het domein van de economische schade¹⁵⁷.

49. Het verlies van een kans maakt een afzonderlijke schadepost uit die recht geeft op schadevergoeding wanneer de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 BW vervuld zijn¹⁵⁸. De voorafgaande voorwaarde is vanzelfsprekend dat het slachtoffer een kans bezat om een bepaald voordeel te verwerven of een bepaald nadeel te vermijden. Voor het overige blijven de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 BW overeind. Aldus zal het slachtoffer moeten aantonen dat zijn schade veroorzaakt werd door de fout van de aangesprokene.

Wat de schadevereiste betreft, geldt steeds als regel dat het slachtoffer de schade persoonlijk moet hebben geleden en dat de schade moet vaststaan. Toegepast op het verlies van een kansleer wil dat laatste zeggen dat de kans om een bepaald voordeel te verwerven of een nadeel te vermijden, definitief verloren moet zijn¹⁵⁹. Hypothetische schade is immers onvoldoende. Ook moet de verloren kans ernstig of reëel zijn, wat het Hof van Cassatie recentelijk nog bevestigde¹⁶⁰. Hiermee wordt bedoeld dat de kans moet bestaan, ook al is het een geringe kans. Het Hof van Cassatie heeft immers geen minimumdrempel bepaald, zodat het bestaan van de kans op een bepaald voordeel of het vermijden van een bepaald nadeel voldoende is¹⁶¹. Een goed voorbeeld is een uitspraak over de aansprakelijkheidsvordering die een inschrijver op een openbare aanbestedingsprocedure had ingediend. Hij voerde aan dat hij de kans verloren had op de toewijzing van de aanbesteding omdat hij, in tegenstelling tot andere kandidaten, niet was uitgenodigd om zijn offerte toe te lichten. Niettemin werd zijn vordering afgewezen, nu bleek dat zijn offerte zeer sterk afweek van de gemiddelde offerte. De burgerlijke rechtbank te Namen

oordeelde dat hij in geen geval een reële kans zou hebben gehad¹⁶².

Afdeling 3. Intellectuele eigendomsrechten

A. Het wettelijk kader

50. De handhaving van intellectuele eigendomsrechten is geregeld in richtlijn 2004/48/EG¹⁶³, die in het Belgische recht werd omgezet door drie wetten: de wet van 9 mei 2007 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten, de wet van 10 mei 2007 betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en de wet van 15 mei 2007 betreffende bestraffing van namaak en piraterij van intellectuele eigendomsrechten.

De rode draad doorheen deze wetgeving is de realisatie van harmonisatie in het intellectueel eigendomsrecht op verschillende gebieden: de concentratie van de bevoegdheid van rechtbanken, de harmonisatie van de rechtshandhaving en de sancties en het wegwerken van de procedurele hindernissen die voortvloeien uit het samenspel tussen de intellectuele rechten onderling en het gemeen recht inzake onrechtmatige mededinging¹⁶⁴. De wetgever heeft strafrechtelijke sancties voorzien maar de klemtoon ligt duidelijk op de privaatrechtelijke handhaving¹⁶⁵. Het betreft onder meer de vordering tot beschrijving en/of beslag van de namaak, de stakingsvordering en een aantal alternatieve herstelmaatregelen¹⁶⁶. In wat volgt ligt de klemtoon op de mogelijke vordering tot schadevergoeding en de begroting van de schade.

B. Het aansprakelijkheidsvraagstuk

1. De vaststelling van de fout

51. De wet van 10 mei 2007 voorziet dat elke benadeelde van een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht het recht heeft om schadevergoeding te vorderen. Dit is uitdrukkelijk voorzien in alle intellectuele eigendoms wetten en is een toepassing van artikel 1382 BW. Zoals hierboven uiteengezet, omvat de buitencontractuele fout een subjectief en

¹⁵⁶ Pol. Brussel 6 december 2005, *VAV* 2007, 260.

¹⁵⁷ Vgl. M. BUSSANI en V.V. PALMER, "The notion of pure economic loss and its settings", *o.c.*

¹⁵⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 649.

¹⁵⁹ S. LIERMAN, "Het verlies van een kans bij medische ongevallen", *NJW* 2005, 614.

¹⁶⁰ Cass. 15 maart 2010, www.cass.be.

¹⁶¹ H. BOCKEN, "Geen kans verloren. Causale onzekerheid en de rechtspraak van het Hof van Cassatie over het verlies van een kans", *Postuniversitaire Cyclus Willy Delva. Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 286.

¹⁶² Rb. Namen 6 september 2001, *T.Aann.* 2002, 385.

¹⁶³ Zie M.C. JANSSENS, "Het internationaal en Europees kader van de nieuwe Belgische wetten inzake de handhaving van intellectuele rechten" in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, 12 *et seq.*

¹⁶⁴ B. MICHAX en E. DE GRUYSE, "De handhaving van intellectuele rechten georganiseerd", *TBH* 2007, 624.

¹⁶⁵ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, "Privaatrecht en rechtshandhaving" in *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 353.

¹⁶⁶ Zie o.a. M.C. JANSSENS, "Drie wetten inzake handhaving van intellectuele rechten openen nieuwe horizonten in de strijd tegen namaak en piraterij", *RW* 2007-08, 935 *et seq.*; C. DE MEYER, "Het bevel tot staken naar Belgisch recht" in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, 193 *et seq.*; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, "Privaatrecht en rechtshandhaving", *o.c.*, 352 *et seq.*

objectief element. Die laatste vereiste omvat een onrechtmatige daad, nl. ofwel de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm ofwel de schending van een norm die een bepaald gedrag gebiedt of verbiedt. Het Hof van Cassatie bevestigde onder meer in het arrest van 3 oktober 1994 dat de materiële overtreding van een wets- of verordeningbepaling op zichzelf een fout uitmaakt, mits die overtreding wetens en willens werd begaan¹⁶⁷. De wetgever heeft deze omschrijving letterlijk overgenomen¹⁶⁸. Aldus maakt de louter schending van een bepaling van een intellectuele eigendomswet een buitencontractuele fout uit, zonder dat daarbij een zorgvuldigheidstoetsing moet gebeuren¹⁶⁹.

2. De schadebegroting

52. De richtlijn nr. 2004/48 vermeldt voorts inzake de schadebegroting dat de benadeelde recht heeft op een ‘passend herstel’. Artikel 13, 1., a) van de richtlijn verwijst in dit verband naar alle passende aspecten waarmee de rechter rekening moet houden, zoals de negatieve economische gevolgen, waaronder de winstderving, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten en in passende gevallen, andere elementen dan de economische factoren, onder meer de morele schade die de rechthebbende door de inbreuk heeft geleden.

In het Belgisch recht wordt dit ingevuld op grond van de regel van de integrale schadevergoeding. Ook de wetgever heeft in de wet van 10 mei 2007 dit principe bevestigd en wil zo vermijden dat de schadevergoeding een bestraffend karakter zou krijgen. Zo stipuleert artikel 86bis, § 1 auteurswet nu bijvoorbeeld dat de benadeelde recht heeft op de vergoeding van elke schade die hij lijdt door een inbreuk op een auteursrecht of een naburig recht. In de parlementaire voorbereiding wordt uitdrukkelijk verwezen naar artikel 13, 1. en overweging 26 van de handhavingsrichtlijn die ‘bestraffende schadevergoedingen’ of ‘*punitive damages*’ uitsluiten¹⁷⁰. Aldus zal de schade en niets dan de schade moeten worden vergoed bij inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht¹⁷¹.

53. De wetgever heeft hiermee een duidelijke richtlijn en

signaal gegeven aan de feitenrechters¹⁷². Een deel van de rechtspraak kende in geval van schending van een intellectueel eigendomsrecht aan de titularis ervan vaak een hoger bedrag toe dan de werkelijk geleden schade. Heel wat feitenrechters zijn immers van oordeel dat de toekenning van een integrale schadevergoeding geen afschrikwekkend effect heeft en kenden daarom vaak een veel hogere schadevergoeding toe. Hoe ging dat in zijn werk? Daartoe moet dieper worden ingegaan op de opsplitsing van de schade in de gedeelde winst en het geleden verlies, die afzonderlijk worden begroot¹⁷³.

54. De gedeelde winst wordt *in concreto* bepaald. Vaak zal de benadeelde de houder zijn van het intellectueel eigendomsrecht, zodat hij zelf het product in kwestie commercialiseert. De schadevergoeding kan dan bepaald worden op grond van de winst die hij zou hebben gemaakt zonder de inbreuk¹⁷⁴. Neem het voorbeeld van de schade die een producent lijdt doordat een andere producent nagemaakte goederen op de markt brengt. Het bepalen van de gedeelde winst veronderstelt een tweetrapsredenering.

Voorerst moet het geheel van de nagemaakte goederen worden bepaald en vervolgens de gedeelde winst, die in twee schadeposten kan worden opgesplitst. De benadeelde lijdt enerzijds schade doordat de overtreder normaliter een vergoeding aan hem verschuldigd was voor het verlenen van de toestemming tot het op de markt brengen van diens producten. De berekening hiervan gebeurt zeer vaak op grond van de door de beheersvennootschappen uitgewerkte (enkelvoudige) tarieven, omdat deze als een objectieve basis worden beschouwd¹⁷⁵. Anderzijds lijdt de benadeelde schade door het feit dat hij de nagemaakte producten niet zelf heeft kunnen commercialiseren. Deze berekening is evenwel niet zo eenvoudig als op het eerste gezicht mag lijken en krijgt zo in bepaalde gevallen toch een forfaitair karakter. Ter illustratie kan verwezen worden naar de uitspraak over de betwisting tussen twee producenten van kinderstoelen. Producent Stokke bezit in België de auteursrechten op de zgn. Tripp Trapp-stoel maar sinds 1994 verdeelde een andere producent, New Valmar, onder dezelfde benaming stoelen in de

¹⁶⁷. Cass. 3 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, 807. Zie ook Cass. 17 november 2006, *TRV* 2007, 138.

¹⁶⁸. *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2943/001 en nr. 51-2944/001.

¹⁶⁹. In die zin o.a. M.C. JANSSENS, *o.c.*, *RW* 2007-08, 938; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, “Privaatrecht en rechtshandhaving”, *o.c.*, 358. Anders: C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, 228-229, die van oordeel is dat het *in casu* gaat over objectieve aansprakelijkheid omdat de inbreukmaker noch door het bewijs van goede trouw noch door het bewijs van zorgvuldig gedrag kan ontsnappen aan zijn aansprakelijkheid. Ook in die zin: B. MICHAUX, “Art. 86bis” in *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2008, 460.

¹⁷⁰. *Parl.St.* Kamer 2006-07, 2943/001-2944/01, p. 28.

¹⁷¹. M.C. JANSSENS, *o.c.*, *RW* 2007-08, 938.

¹⁷². C. RONSE, “Enige overwegingen bij de schadeloosstelling voor auteursrechtelijke inbreuken in het licht van de wet van 10 mei 2007 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten” (noot onder Luik 29 februari 2008), *AM* 2008, 215; M. BUYDENS, “La réparation du dommage et droit de la propriété intellectuelle” in *Droits intellectuels: le contentieux (compétence, procédures, sanctions)*, Luik, Anthémis, 2012, 147 *et seq.*

¹⁷³. Zie de uitgebreide bespreking van M. BUYDENS, “La réparation du dommage et droit de la propriété intellectuelle”, *o.c.*, 148 *et seq.* Zie ook G. AELBRECHT, “Auteursrechtelijke inbreuken en schadevergoeding. Een herinnering der principes en een blik op de toekomst”, *AM* 2005, 376 *et seq.*

¹⁷⁴. C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding”, *o.c.*, 237; M. BUYDENS, “La réparation du dommage et droit de la propriété intellectuelle”, *o.c.*, 149.

¹⁷⁵. G. AELBRECHT, “Auteursrechtelijke inbreuken en schadevergoeding”, *AM* 2005, 376.

Benelux. Na de vaststelling van de fout van New Valmar oordeelde de feitenrechter dat Stokke recht had op vergoeding voor de gedeelde winst. Evenwel werd geoordeeld dat Stokke wellicht niet alle door New Valmar verkochte stoelen had kunnen verkopen, gelet op het feit dat er op de Belgische markt enkele alternatieven bestaan voor de Tripp Trapp-stoel. De gedeelde winst werd berekend op de helft van de door New Valmar verkochte stoelen¹⁷⁶.

55. Het geleden verlies moet ook *in concreto* bepaald worden, wat geen eenvoudige opdracht is, niet in het minst doordat deze schadepost zeer verscheiden kan zijn. Aangenomen wordt dat de houder van een intellectueel eigendomsrecht schade kan lijden door de aantasting van de waarde van het intellectueel eigendomsrecht in kwestie alsook van de exclusiviteit waarmee het gepaard gaat. Daarnaast kan het onder meer gaan over de kosten die de benadeelde heeft moeten maken om de inbreuk op te sporen¹⁷⁷. Ook kan de benadeelde morele schade lijden¹⁷⁸.

De precieze begroting ervan heeft voornamelijk bij auteursrechtelijke inbreuken tot heel wat discussie geleid. Het gebeurde vaak dat beheersvennootschappen strafclausules toepasten die een verdubbeling voorzagen van de verschuldigde vergoeding in geval van een inbreuk. Ook heel wat feitenrechters traden dergelijke beoordeling bij en motiveerden hun uitspraak ook uitdrukkelijk in die zin. Een voorbeeld is een uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 24 juni 1999, waarin wordt gesteld dat een verhoging van de schadevergoeding noodzakelijk is om pogingen te ontmoedigen om zich systematisch te onthouden van het vragen van toestemming aan de auteur. Dat risico bestaat immers als de schadevergoeding enkel het betalen van de normaal verschuldigde tarieven omvat¹⁷⁹.

Andere feitenrechters zijn dezelfde mening toegedaan maar zijn voorzichtiger in hun motivering. Dit kan worden geïllustreerd met het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk van 20 april 2004. Het ging *in casu* over de schending van auteursrechten bij de verkoop van onder meer kunstreproducties. De benadeelde vorderde dat de schadevergoeding met 300% zou worden verhoogd. De rechtbank oordeelde evenwel dat een dergelijke vordering geen vergoeding van de werkelijke schade beoogt, maar wel het opleggen van een boete, wat niet toegelaten is. Evenwel stelde de rechtbank vervolgens dat de schadevergoeding

hooger moet liggen dan de basisvergoeding berekend aan de hand van het basistarief om te verhinderen dat zou worden gespeculeerd op het eventueel niet ontdekken van het misbruik, ingeval er bij gewone betrapping niet meer dan het gewone recht moet worden betaald¹⁸⁰.

56. Het Hof van Cassatie gaat niet akkoord met een dergelijke schadebegroting en houdt ook bij de toepassing van artikel 1382 BW wegens schending van een intellectueel eigendomsrecht vast aan de regel van de integrale schade-loosstelling. In het arrest van 13 mei 2009 besliste het Hof van Cassatie dat noch de noodzaak om de universele strijd tegen de schending van intellectuele eigendom te financieren, noch het ontradend karakter van een forfaitair bedrag bovenop de ontdoken rechten, de beslissing naar recht verantwoordt, volgens welke een forfaitaire verhoging van 25% van het bedrag van de ontdoken rechten de schade is die de benadeelde leed. De aanleiding hiertoe was de aansprakelijkheidsvordering die Sabam instelde wegens de namaak van platen en de schending van het auteursrecht¹⁸¹.

57. De wetgever heeft er rekening mee gehouden dat de schadebegroting vaak moeilijk is en heeft daarom ook bepaald dat de vergoeding *ex aequo et bono* kan worden vastgesteld. Ook die mogelijkheid wordt door bepaalde feitenrechters aangegrepen om een ruime schadevergoeding toe te kennen met het oog op het ontmoedigen van potentiële inbreukplegers. Een duidelijk voorbeeld is het arrest van het hof van beroep te Gent d.d. 19 januari 2009. De feiten waren als volgt. Een werknemer van het bedrijf Decor Line had een illegale kopie van het softwareprogramma AutoCad op zijn computer gezet. De werknemer en zijn werkgever werden wegens het bezit en het gebruik van een illegale kopie van het vermelde programma aansprakelijk gesteld wegens een inbreuk op de wet auteursrecht software. Met betrekking tot de schadebegroting overwogen de appelrechters dat de schade niet met mathematische zekerheid kon worden vastgesteld en bijgevolg *ex aequo et bono* moest worden bepaald. Hoewel het principe van *double damages* (200% schadevergoeding) niet opgenomen werd in de handhavingrichtlijn en ook niet in de wet auteursrecht software, kende het hof 200% van de oorspronkelijk niet betaalde licentievergoeding toe. De materiële en morele schade die Autodesk leed, verantwoordden dit¹⁸².

¹⁷⁶ Rb. Gent 10 januari 2007, *IRDI* 2007, 13, noot F. PETILLON.

¹⁷⁷ In het reeds vermelde vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel d.d. 23 september 2009 (*AM* 2010, 42) werd evenwel beslist dat kosten inzake het opsporen van namaak niet zo maar kunnen worden verhaald op de dader wegens gebrek aan oorzakelijk verband. De rechtbank stelt laconiek dat als je die redenering zou aanvaarden, het slachtoffer van een woningbrand dan ook de in het verleden betaalde verzekeringspremies zou kunnen verhalen op de aansprakelijke, wat aldus de rechtbank 'natuurlijk onzin' is.

¹⁷⁸ B. MICHAUX en E. DE GRUYSE, *o.c.*, *TBH* 2007, 641; C. RONSE, "De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding", *o.c.*, 239; B. VAN REEPHINGEN en L. VAN REEPHINGEN, "Les droits intellectuels renforcés: la contrefaçon en point de mire", *JT* 2008, 157.

¹⁷⁹ Rb. Brussel 24 juni 1999, *AM* 2001, 373. Zie ook bv. Rb. Brussel 20 april 2006, *AM* 2006, 335; Brussel 29 maart 1991, *RW* 1991-92, 814; Brussel 25 februari 1999, *IRDI* 1999, 93, noot B. DE VUYST.

¹⁸⁰ Rb. Kortrijk 20 april 2004, *AM* 2005, 57.

¹⁸¹ Cass. 13 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1254.

¹⁸² Gent 19 januari 2009, *AM* 2009, 384, noot J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE.

In een noot bij dit arrest beklemtonen J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE dat het hof van beroep de regel van *double damages* niet heeft toegepast, omdat in het voorliggende geval een schadevergoeding van 200% aan de reële schade beantwoordde. Een hogere schadevergoeding kan zo ook ontmoedigend werken, zonder – aldus deze auteurs – een bestrafend karakter te hebben¹⁸³. Deze motivering kan m.i. slechts deels overtuigen. De regel van de integrale schadevergoeding impliceert precies dat de schade de enige maatstaf is om de omvang van de verschuldigde schadevergoeding te bepalen. De idee dat een integrale schadevergoeding in dit geval twee keer de schade omvat, valt hiermee moeilijk te rijmen. Deze uitspraak toont naar mijn oordeel eerder aan dat feitenrechters naar oplossingen zoeken om schadeverwekkers te bestraffen. Door in hun uitspraak uitdrukkelijk te overwegen dat een ruimere schadevergoeding overeenstemt met de werkelijke schade, lijken de appelrechters voornamelijk te anticiperen op een mogelijk cassatieberoep. De toetsingsbevoegdheid van het Hof van Cassatie is beperkt zodat door een dergelijke motivering een vernietiging van het beroepsarrest in cassatie kan worden vermeden.

58. De schadevergoeding kan in geval van kwade trouw een bijzondere vorm aannemen. In elke intellectuele eigendomswet¹⁸⁴ is voorzien dat de benadeelde tegen de inbreukmaker die te kwader trouw was, een vordering kan instellen tot afdracht van winst die deze heeft gerealiseerd. De wetgever voegt er uitdrukkelijk aan toe dat het over een vordering tot schadevergoeding gaat, wat volgens de *memorie van toelichting* wil zeggen dat de afdracht van de genoten winst dus niet mag worden gecumuleerd met de schadevergoeding die de geleden schade moet herstellen¹⁸⁵.

Hierbij kunnen meteen een aantal vragen worden gesteld. Vooreerst valt op dat de wetgever het begrip ‘kwade trouw’ niet heeft gedefinieerd. Aldus zal de rechtspraak het begrip een inhoudelijke invulling moeten geven¹⁸⁶. In de rechtspraak¹⁸⁷ lijkt voornamelijk te worden aangenomen dat kwade trouw vereist dat de inbreukpleger wist of behoorde te weten dat het intellectueel eigendomsrecht bestond en toch moedwillig er een inbreuk op heeft gepleegd¹⁸⁸. Voorts wordt in de rechtsleer opgemerkt dat deze bepaling weinig zal betekenen in praktijk, precies omdat de winstaf-

dracht een onderdeel van de schadevergoeding is. Als de benadeelde bewijst welke schade hij lijdt door de inbreuk op zijn intellectueel eigendomsrecht, zal hij recht hebben op integrale vergoeding. Hij zal niet bijkomend moeten bewijzen welke winst de schadeverwekker heeft gerealiseerd¹⁸⁹.

Afdeling 4. Mededingingsrecht

A. Het Europese standpunt

59. In 2001 zorgde het Hof van Justitie met het arrest *Courage / Crehan* voor een doorbraak door het recht te erkennen van eenieder, inclusief een contractpartij, om vergoeding te vorderen van schade die werd berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen als een recht dat deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde¹⁹⁰. Het Gemeenschapsrecht verzet zich volgens het Hof echter niet tegen een regel van nationaal recht, die een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen, het recht ontzegt zich ter verkrijging van schadevergoeding op zijn eigen onrechtmatig handelen te beroepen, wanneer vaststaat dat deze partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging. In het motiverende gedeelte van dit arrest vermeldt het Hof dat de “*bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap*”¹⁹¹.

Aldus erkent het Hof van Justitie de dubbele functie van dergelijke vorderingen: de compensatoire functie (vergoeding van de schadelijder) enerzijds en de handhavingfunctie (voorkomen van mededingingsbeperkende gedragingen in de toekomst door afschrikking van potentiële inbreukplegers) anderzijds.

60. Vervolgens liet de Commissie een studie uitvoeren met betrekking tot de mogelijkheden en beperkingen die in het positief recht van de verschillende rechtsstelsels van de EU bestaan om schadevergoeding te eisen wegens inbreuken op

^{183.} J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE, “Foutbegrip en schadevergoeding in het auteursrecht: double damage?” (noot onder Gent 19 januari 2009), *AM* 2009, 391.

^{184.} Zie o.a. art. 52, § 5 octrooiwet, art. 36, § 3 kwekerswet, art. 13, § 3 wet topografieën, art. 86bis, § 3 auteurswet, art. 12quater, § 3 databankenwet.

^{185.} *Parl.St.* Kamer 2006-07, 2943/001-2944/01, 30.

^{186.} C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding”, *o.c.*, 244.

^{187.} Bv. Brussel 4 april 2007, *AM* 2007, 466

^{188.} Over de betekenis van intentioneel handelen in het aansprakelijkheidsrecht, bestaat veel discussie. Hierover: B. WEYTS, “Opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. *The story continues*” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 265 *et seq.*

^{189.} Zie vnl. C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding”, *o.c.*, 244-245.

^{190.} S. DRAKE, “Scope of *Courage* and the principle of ‘individual liability’ for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice”, *EL Rev.* 2006, 841-864; N. REICH, *Understanding EU Law, Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 333; C.H. SIEBURGH, “Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht” in *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, 521; T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, 198 *et seq.*

^{191.} Zaak C-453/99, *Courage en Crehan*, arrest van 20 september 2001, *Jur.* 2001, p. I-6297.

het mededingingsrecht¹⁹². De studie besloot dat dergelijke schadevorderingen in de EU ‘*totaal onderontwikkeld*’ waren en dat er een verbazingwekkende diversiteit bestond in de wijze waarop deze vorderingen in de verschillende lidstaten worden benaderd¹⁹³. Voortbouwend op deze studie publiceerde de Commissie in 2005 een *Groenboek* waarin zij de volgende pijnpunten aan de orde stelde: (1) de toegang tot het bewijsmateriaal, (2) de schadevergoeding en de kosten van een rechtsvordering, (3) het *passing-on-verweer*¹⁹⁴, (4) de procesbevoegdheid van indirecte afnemers, (5) de interactie tussen de handhaving door mededingingsautoriteiten en door nationale rechters. Voor ieder van deze pijnpunten formuleerde de Commissie een aantal opties om tot een meer efficiënt systeem van schadevorderingen wegens schendingen van het mededingingsrecht te komen¹⁹⁵.

61. Op vlak van de schadevergoeding werd voorgesteld om de privaatrechtelijke boete in te voeren onder de vorm van *double damages*. Dat zou betekenen dat een benadeelde aanspraak zou kunnen maken op twee keer zijn schade, bij wijze van boete. Dit voorstel werd verder uitgewerkt in het *Commission Staf Working Paper*. Daarin werden *exemplary* of *punitive damages* gedefinieerd als “*damages awarded by way of punishment of the defendant for breach of the law and in order to deter repetition of wrongful conduct*”¹⁹⁶. Daarbij zou het de bedoeling zijn om enkel in geval van ernstige inbreuken op de mededinging, zoals horizontale kartels, een dergelijke boete te kunnen opleggen. Dat zijn kartels van ondernemingen die in plaats van met elkaar te concurreren, afspraken maken en zo de concurrentie beperken. Vanwege het opzettelijk karakter en de aanzienlijke gevolgen voor de markt, worden dergelijke gedragingen als zeer ernstige fouten beschouwd¹⁹⁷.

Ook werd voorgesteld te werken met een abstract schadebegrip wegens de bewijsproblemen waarmee slachtoffers, die economische schade leden door schending van het mededingingsrecht, af te rekenen hebben¹⁹⁸.

62. Vervolgens heeft het Hof van Justitie in het arrest *Manfredi* van 13 juli 2006 bevestigd dat slachtoffers van schendingen van de mededingingsregels recht hebben op een volledige compensatie van de door hen geleden schade en dat die slachtoffers niet alleen vergoeding kunnen vorderen voor

de reële schade maar ook van de gederfde winst en van interesten. Het Hof van Justitie stelde niet dat het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat punitieve schadevergoeding moet kunnen worden gevorderd, maar bepaalde wel dat op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel dergelijke schadevergoedingen mogelijk moeten zijn indien deze toegekend kunnen worden in het kader van nationale vorderingen die vergelijkbaar zijn met vorderingen op grond van de mededingingsregels van de Unie¹⁹⁹. Aldus worden de aansprakelijkheidsvoorwaarden en de gevolgen ervan volledig overgelaten aan de nationale wetgevers²⁰⁰.

63. In april 2007 ondersteunde ook het Europees Parlement de werkzaamheden van de Commissie ter zake en verzocht het de Commissie om een *Witboek* voor te bereiden met gedetailleerde voorstellen om het instellen van vorderingen tot schadevergoeding in antitrustzaken te vergemakkelijken²⁰¹. De Commissie gaf hieraan gevolg en publiceerde in april 2008 een *Witboek* inzake schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels dat een aantal voorstellen bevat voor een wetgevend optreden strekkend tot het bevorderen van dergelijke acties. Het valt op dat in dit *Witboek* de volledige compensatie van de benadeelden van inbreuken op de communautaire mededingingsregels als belangrijkste doelstelling wordt vooropgesteld. Het handhaven van het mededingingsrecht en het afschrikken van toekomstige potentiële inbreukmakers wordt slechts vermeld als zijnde een inherent gunstig effect van een beter schaderecht²⁰². De mogelijkheid tot het opleggen van *double damages* is geschrapt en ook andere voorgestelde maatregelen zijn veel genuanceerder²⁰³. Zo lijkt de Commissie toch rekening te hebben gehouden met de kritiek die geuit werd op haar vroegere standpunten. Voornamelijk het oneigenlijk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, werd bekritiseerd²⁰⁴.

Het is nu wachten op verdere Europese stappen om de definitieve invulling van schadevergoedingsacties bij schending van Europese mededingingsregels te kennen.

B. Het Belgische recht

64. In het Belgische recht is de bescherming van het mededingingsrecht ingebed in de regels van de contractuele en

¹⁹² Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of claims for damages of EC Competition rules. Comparative report, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf.

¹⁹³ Ashurst study, 1.

¹⁹⁴ D.i. het verweer dat de beweerde schadelijder de door hem beweerde schade heeft doorberekend aan zijn afnemers, en dus geen schade heeft geleden.

¹⁹⁵ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?”, *o.c.*, 8.

¹⁹⁶ Commission Staf Working Paper, annex to the Green Paper “Damages Actions for breach of the EC antitrust rules”, *COM* (2005) 1732, p. 35-36.

¹⁹⁷ J. BOOT, “Privaatrecht & boete. Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging”, *Ars Aequi* 2008, 203.

¹⁹⁸ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?”, *o.c.*, 8.

¹⁹⁹ HvJ 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Manfredi*, *Jur.* 2006, I-06619.

²⁰⁰ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?”, *o.c.*, 2.

²⁰¹ Resolutie Europees Parlement 2006/2207(INI), www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5378362.

²⁰² *Witboek*, 3.

²⁰³ T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, *o.c.*, *NJW* 2011, 200.

²⁰⁴ J.S. KORTMANN en C.R.A. SWAAK, *o.c.*, *ECLR* 2009, 341-342.

buitencontractuele aansprakelijkheid. Mogelijkerwijze maakt de schending van het mededingingsrecht ook een contractuele wanprestatie uit. In dergelijk geval kan de benadeelde beroep doen op de gewone contractuele remedies, zoals de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus*, de uitvoering in natura, de ontbinding en schadevergoeding²⁰⁵. Veelal zal een schending van het mededingingsrecht niet in het raam van een overeenkomst plaatsvinden en dan zal de benadeelde een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering kunnen instellen op grond van artikel 1382 BW. Aldus zal de benadeelde fout, schade en causaal verband moeten aantonen²⁰⁶.

Een succesvolle aansprakelijkheidsvordering zal ertoe leiden dat de benadeelde recht heeft op een integrale schadevergoeding²⁰⁷. Zoals hierboven uiteengezet, laat het Hof van Cassatie niet toe dat de feitenrechters bij de begroting van de schade rekening houden met andere elementen dan de schade. Zoals L. CORNELIS ook opmerkt, is het voorstel van de Commissie om met een abstract schadebegrip te werken in geval van schade door schending van mededingingsregels, ook niet inpasbaar in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht. Het lijkt trouwens niet verdedigbaar om enkel in dit domein over te stappen van een concreet naar een abstract schadebegrip²⁰⁸.

BESLUIT

Het besluit kan kort en krachtig zijn: er is nog werk aan de winkel in het domein van de (begroting van) economische schade. Het bestaan en de vergoeding van deze schadepost staan als zodanig niet ter discussie in het Belgisch recht. De rechtspraak vertrekt terecht van het uitgangspunt dat alle belangen, met inbegrip van economische belangen, bescherming verdienen. Maar terwijl voor de vergoeding van personen- en zaakschade er reeds heel wat inspanningen werden geleverd met het oog op de rechtszekerheid, is dit veel minder het belang voor de economische schade. De Indicatieve Tabel, ook de meest recente versie van 2012, besteedt er

geen aandacht aan. Ook het stilzwijgen in de rechtsleer is opvallend. Dit leidt tot een moeilijke taak voor de feitenrechter. Hij zal zelf moeten trachten om de economische schade zo concreet mogelijk te ramen om zo de integrale schadevergoeding te realiseren. Naar mijn oordeel zou het nuttig zijn de Belgische schadeleer, naast de personen- en zaakschade, uit te breiden met een derde categorie, nl. de economische schade. Het zou in elk geval blijken geven van meer realiteitszin en zou wellicht ertoe leiden dat hierover meer theorievorming ontstaat.

²⁰⁵. C. CAUFFMAN en B. WEYTS, "Privaatrecht en rechtshandhaving", o.c., 323.

²⁰⁶. Zie T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, o.c., *NJW* 2011, 201 *et seq.*

²⁰⁷. Art. 1150 BW voorziet weliswaar in geval van contractuele aansprakelijkheid op een vergoeding van de schade die werd voorzien of voorzienbaar was ten tijde van het aangaan van het contract. De ruime interpretatie van het begrip 'voorzienbare schade' leidt ertoe dat wordt aanvaard dat er eigenlijk geen verschil is tussen de contractuele en buitencontractuele schadevergoeding. Zie T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 89. Zie ook I. DURANT, "Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 53 *et seq.*

²⁰⁸. L. CORNELIS, "Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?", o.c., 8-9.