

Over samenloop, schade en overbodig causaal verband: roemloos aansprakelijkheidsrecht (partim)

Ludo Cornelis¹

A. De verkeerd verbonden “samenloop” van aansprakelijkheden	990
B. Andermaal over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband	997

SAMENVATTING

- *M.b.t. de samenloop (cumul) van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheden, in een contractuele rechtsverhouding, wordt onderzocht of de juridische energie die in dat onderwerp werd en nog steeds wordt gestoken, wel goed wordt besteed.
Een negatief antwoord dringt zich op omdat niet die samenloop, maar wel de vraag bepalend is of de contractpartijen, al dan niet rechtsgeldig, de toepassing van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht hebben willen uitsluiten, dan wel of één van hen daarvan, rechtsgeldig, afstand heeft gedaan.*
- *Afgezien van louter didactische overwegingen, dringt zich eveneens het besluit op dat de wettelijke begrippen ‘schade’ en ‘causaal verband’ niet van elkaar zijn te onderscheiden, tenzij in de hypothese van meervoudige causaliteit.
Immers om tot een negatief verschil tussen de actuele en de hypothetische toestand van het slachtoffer t.a.v. één zijner belangen te kunnen besluiten, moeten die beide toestanden zo nauwkeurig mogelijk worden bepaald. De bepaling van die beide toestanden is gesteund op het conditio sine qua non-verband tussen de onrechtmatige daad, enerzijds, en zowel de actuele, als de hypothetische toestand van het slachtoffer, anderzijds.
Het causaal verband, in de mate dat daarmee naar de conditio sine qua non-regel wordt verwezen, is derhalve een overbodige aansprakelijkheidsvoorwaarde.*

RÉSUMÉ

- *En ce qui concerne le concours (le cumul), dans un cadre contractuel, des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle, il est examiné si l'énergie juridique, qui a été consacrée et continue à être consacrée à cette question, est utilisée à bon escient.
Une réponse négative s'impose: ce n'est en effet pas le concours des responsabilités qui est déterminant, mais bien la question de savoir si les parties contractantes ont, valablement ou non, su exclure la responsabilité extra-contractuelle du champ contractuel ou si l'une d'elles a, valablement ou non, renoncé à l'application de cette responsabilité.*
- *Abstraction faite de considérations purement pédagogiques, la conclusion s'impose également que les notions légales du « dommage » et du « lien causal » font double emploi, exception faite de l'hypothèse d'une pluralité de causes.
En effet, afin de pouvoir relever une différence négative entre la situation actuelle et hypothétique de la victime par rapport à un ou plusieurs intérêts, ces deux situations doivent être déterminées le plus précisément possible. La détermination de ces deux situations est fondée sur une relation de condition sine qua non entre, d'une part, l'acte illicite et, d'autre part, la situation actuelle et hypothétique de la victime.
Dans la mesure où le lien causal se fonde également sur le même critère de la condition sine qua non, il constitue une condition surabondante de responsabilité.*

1. De opdracht bestaat erin om in een vijftiental bladzijden in te gaan op de zgn. samenloop (of cumul) van aansprakelijkheden, enerzijds, en op de verhouding tussen de wettelijke begrippen ‘schade’ en ‘causaal verband’, anderzijds.

Waarom dan die titel?

Om aan te geven dat het hiernavolgende een onderdeel van een meeromvattende, kritische benadering van het aansprakelijkheidsrecht is.

Op het eerste gezicht, uitgaande van de naar volume en inhoud indrukwekkende overzichten van rechtspraak, die

¹ Professor Vrije Universiteit Brussel, advocaat.

daaraan recent werden gewijd, zou kunnen worden gedacht dat het aansprakelijkheidsrecht het goed doet².

De vraag is evenwel of de obesitas van het aansprakelijkheidsrecht wel een teken van succes is en, als dat dan al het geval zou zijn, aan wie dat zgn. succes ten goede komt?

Het is de overtuiging van de schrijver van deze lijnen dat de, aan het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag liggende basisbeginselen door de overdaad van toepassingen in de vergeethoek sukkelen en dat de cohesie van het aansprakelijkheidsrecht door technische regeltjes wordt vervangen, die hun rechtvaardiging in de eigen techniciteit blijken te kunnen vinden. Het (al dan niet bestaande) verband met de basisbeginselen en, derhalve, met de gemeenschapsbelangen die erdoor worden gediend, wordt daarbij niet meer of nog nauwelijks gelegd.

De in de opdracht besloten onderwerpen laten toe zulks te illustreren, maar dezelfde analyse is m.b.t. het volledig aansprakelijkheidsrecht te maken en levert even ophefmakende resultaten op.

2. Een aansprakelijkheidsrecht dat niet verder kijkt dan de (technische) neus lang is, is een roemloze bedoening. De

juridische inteelt waarop die benadering uitdraait, belet overigens dat maatschappelijk relevante gebeurtenissen (zoals de eindigheid van de grondstoffen, de verstoring van het leefmilieu, de financieel economische crisis met een soevereine crisis als gevaarlijke uitloper) correct en tijdig naar het aansprakelijkheidsrecht worden vertaald. Tal van aansprakelijkheidsregels zijn t.a.v. de overheid uitgewerkt, maar de aansprakelijkheidsregels m.b.t. de individuele aandeelhouders van ondernemingen (waarvan de financiële en economische macht met die van de overheid kunnen wedijveren) geven, bijvoorbeeld, niet thuis.

Uiteraard is het weinig zinvol om het aansprakelijkheidsrecht al dan niet roemvol te noemen. Dat is immers wat het is: de (al dan niet) roemloosheid is daarentegen te beoordelen t.a.v. de personen die het aansprakelijkheidsrecht bepalen³ en die het horen toe te passen⁴.

Deze korte inleiding is dan ook weinig meer dan een tot hen gerichte oproep om het aansprakelijkheidsrecht niet roemloos ten onder te laten gaan, maar het te herdenken en vervolgens aan te wenden in functie van de actuele maatschappelijke omstandigheden en behoeften, die daartoe nauwkeurig zijn te omschrijven en naar waarde te schatten.

A. DE VERKEERD VERBONDEN “SAMENLOOP” VAN AANSPRAKELIJKHEDEN

3. De samenloop (of cumul) van aansprakelijkheid heeft betrekking op de mogelijkheid om binnen een contractuele rechtsverhouding op buitencontractuele aansprakelijkheidsregels een beroep te doen.

Daarbij wordt voornamelijk aan de artikelen 1382-1383 BW gedacht: er is alsdan te bepalen of de schuldeiser, geconfronteerd met een schadeberokkende wanprestatie van de schuldenaar, niet enkel contractuele sancties, maar ook de buitencontractuele aansprakelijkheid kan invoeren.

Wanneer de schuldeiser de wanprestatie van de schuldenaar door de vergoeding van de hem berokkende schade wil gesanctioneerd zien en effectief, op contractuele basis, een bevredigende schadevergoeding kan bekomen, zal hij – in beginsel – geen reden hebben om naar het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht uit te wijken.

Die neiging neemt evenwel rechtsevenredig toe naarmate de

contractuele weg met hindernissen bezaaid ligt of, erger nog, afgesloten is: de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels zouden zich alsdan als redders in hoge (contractuele) nood kunnen voordoen.

De doctrinale bijdragen, die aan dat onderwerp zijn gewijd, kunnen gemakkelijk een paar bladzijden met verwijzingen vullen⁵. De aanhangers zowel van de verdwijnings- als van de verfijningstheorie hebben flink hun best gedaan en toch is het einde van het verhaal (nog) niet in zicht.

Volgens een arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006⁶ is een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering in een contractuele rechtsverhouding mogelijk, indien de ingeroepen tekortkoming niet enkel een contractuele verbintenis, maar ook een toepasselijke algemene zorgvuldigheidsnorm betreft en indien die tekortkoming (fout) andere dan aan de slechte uitvoering te wijten schade heeft veroorzaakt.

² Zie o.m. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*. Volume 1. *Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 1074 p.; D. DE CALLATAY en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*. Volume 2. *Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 605 p.; H. VANDENBERGHE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2002-2008). Deel II, Foutvereiste, algemene kenmerken”, *TPR* 2010, 1749-2145; H. VANDENBERGHE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008)). Kwalitatieve aansprakelijkheid. Samenloop en coëxistentie”, *TPR* 2001, 349-656; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, G. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, 933-1529; M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2007). Deel 1. Oorzakelijk verband”, *TPR* 2010, 283-359.

³ De wetgevers.

⁴ De magistraten en de juristen, ongeacht hun beroepsactiviteit.

⁵ Zie het recente overzicht van S. STIJNS, “Samenloop van civielrechtelijke aansprakelijkheidsregimes: *quo vadis?*” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 141-196.

⁶ Cass. 29 september 2006, *Arr. Cass.* 2006, 1863, *Pas.* 2006, 1911.

Die formulering gaf aanleiding tot meerdere, uiteenlopende interpretaties⁷.

4. In een daaropvolgend arrest van 27 november 2006⁸, toonde het Hof zich spraakzamer door te gewagen van een principiële onmogelijkheid voor contractpartijen om zich in het raam van hun contractuele verhoudingen op buitencontractuele aansprakelijkheidsregels te beroepen, die zgn. zou voortvloeien uit de onderstelling dat de contractpartijen hun contractuele rechtsverhoudingen en een, in dat kader begane wanprestatie, behoudens andersluidend beding, uitsluitend door de contractuele aansprakelijkheidsregels willen laten beheersen⁹.

5. Mogelijks klinkt dit alles goed, maar naar inhoud stelt het niet zoveel voor:

- om de inhoud, de zin en de draagwijdte van contractuele verbintenissen te bepalen, wordt niet met een ‘onderstelde’ wil van de partijen gewerkt, maar wordt integendeel van hun (werkelijke) gemeenschappelijke wil uitgegaan. Om die te achterhalen, bestaan er meerdere interpretatietechnieken. De ‘onderstelde’ bedoeling van de partijen behoort daartoe niet. Wanneer het pad van de werkelijke, gemeenschappelijke bedoeling van de partijen wordt verlaten om dat van hun ‘onderstelde’ bedoeling te volgen, gaat het niet langer over de interpretatie, maar wel over de aanvulling van de overeenkomst, waarvoor niet artikel 1135 BW¹⁰, maar wel de zgn. objectieve goede trouw de grondslag zou vormen¹¹;
- de ‘onderstelde’ bedoeling van contractpartijen om hun contractuele rechtsverhouding enkel door de contractuele, met uitsluiting van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels te laten beheersen, mist voorwerp. In strijd met de wetteksten inzake de contractuele aansprakelijkheid¹², heeft het Hof van Cassatie immers zo goed als alle verschillen tussen beide aansprakelijkheidsregimes geneutraliseerd, zodat zowel de onderstelde uitsluiting, als het andersluidende beding zonder praktisch gevolg blijven¹³.

De door het arrest van 27 november 2006 aangereikte verklaring van de zgn. verdwijningstheorie gaat aldus gepaard met een (groeve) miskennis van zowel de interpretatieregels, als van de door het Hof nagestreefde en verwezenlijkte eenvormigheid van beide aansprakelijkheidsregimes.

6. Brengt het arrest van 29 september 2006 meer aarde aan de dijk?

Dat is evenmin het geval:

- om van een buitencontractuele fout te kunnen gewagen, moet, volgens dat arrest, het bewijs worden geleverd van een miskennis door de toerekeningsvatbare verweerder van een algemene zorgvuldigheidsnorm, waardoor enige schade (berokkend aan een ander) voorzienbaar was¹⁴. De toerekeningsvatbaarheid en de voorspelbaarheid van enige schade zijn ook vereist om tot het bestaan van een contractuele tekortkoming (fout) of wanprestatie te kunnen besluiten. Op papier ligt het verschil dus in de miskennende norm: contractueel draait de miskennis rond een contractuele verbintenis, buitencontractueel rond een algemene zorgvuldigheidsnorm;
- de inhoud van de contractuele gedragsnorm en van de algemene zorgvuldigheidsnorm kunnen inderdaad verschillen, nl. wanneer de schuldenaar een contractuele verbintenis aanging, die een normaal voorzichtig en redelijk mens, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, niet zou nakomen. In die hypothese, zal de toepasselijke algemene zorgvuldigheidsnorm inderdaad van de in de contractuele verbintenis besloten gedragsnorm afwijken;
- dat zal evenwel niet steeds het geval zijn. Hoewel daarentrent geen feitelijke gegevens bekend zijn, lijkt het aannemelijk dat schuldenaren, in de regel, slechts contractuele verbintenissen zullen aangaan waarvan de nakoming overeenstemt met het gedrag dat van de normaal voorzichtige en redelijke mens (schuldenaar), in dezelfde omstandigheden, kan worden ver-

7. O.m. H. BOCKEN, “Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006”, *NJW* 2007, 722 *et seq.*; I. BOONE, “Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid verfynd”, *NJW* 2006, 946 *et seq.*; B. DUBUISSON, “Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle: ultime tentative de conciliation” in I. BOONE, I. CLAEYS en L. LAVREYSEN (eds.), *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, 67 *et seq.*; A. VAN OEVEREN, “De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: een koerswijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *RW* 2006-07, 1718 *et seq.*; P. WÉRY, “L’option des responsabilités entre parties contractantes” in S. STIJNS et P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 223 *et seq.*

8. Cass. 27 november 2006, *Arr. Cass.* 2006, 2427, *Pas.* 2006, nr. 600.

9. Zie m.b.t. dit arrest: S. STIJNS, *o.c.*, 184-185; O. VANDEN BERGHE, “De buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent en de ‘onderstelling van contractualisering’” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 247 *et seq.*

10. Art. 1135 BW heeft het over de aanvulling van de aangegane verbintenis volgens de aard ervan.

11. De aanvullende werking van de objectieve goede trouw heeft de ambitie de overeenkomst zelf met bijkomende verbintenissen aan te vullen; *in casu* zou dit erop neerkomen dat de contractpartijen, omwille van hun contractverhouding, worden geacht van de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels te hebben afgezien.

12. Zie de art. 1146-1155 BW.

13. De contractuele fout-, schade-, en causaliteitsbeoordeling is aldus sinds meerdere tientallen jaren, in wezen, op een buitencontractuele leest geschoeid, afgezien van de bijzondere bewijslastverdeling die met contractuele resultaatsverbintenissen gepaard gaat.

14. Zie Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 123 *et seq.*

wacht. De contractuele gedragsnorm en de algemene zorgvuldigheidnorm zijn, in die hypothese, één, wat voor een kortsluiting in het arrest van 29 september 2006 zorgt.

In die situatie heeft de ingeroepen tekortkoming immers niet enkel betrekking op een contractuele verbintenis, maar ook op een toepasselijke algemene zorgvuldigheidnorm, zodat – vanuit dat oogpunt – zowel de contractuele, als de buitencontractuele aansprakelijkheidsregel kan worden ingeroepen.

7. In het arrest van 29 september 2006 wordt bovendien, op buitencontractueel vlak, enkel naar de algemene zorgvuldigheidnorm verwezen, wat verbazing wekt.

De toerekeningsvatbare miskenning van een algemene zorgvuldigheidnorm waardoor enige schade voorspelbaar is, is immers niet de enige variant van het buitencontractueel foutbegrip.

De miskenning door een toerekeningsvatbaar rechtssubject van een wet in de materiële betekenis, waardoor een welbepaald gedrag wordt opgelegd, dan wel verboden, komt eveneens als een fout in aanmerking^{15,16,17}.

Het arrest van 29 september 2006 laat m.a.w. de – boeiende – vraag buiten beschouwing of de miskenning van een wet in de materiële betekenis, bij de nakoming van contractuele verbintenissen (of bij de uitoefening van contractuele rechten) contractueel, dan wel buitencontractueel is te sanctioneren¹⁸.

Zoals bekend, wordt aangenomen dat de miskenning in een contractueel kader van een strafwet (die de openbare orde raakt) toch het pad naar de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels effent¹⁹. Afgezien daarvan wordt er evenwel, stilzwijgend, van uitgegaan dat de miskenning in een contractueel kader van een wetsbepaling op grond van de contractuele sanctiemechanismen kan worden aangepakt, vermits de miskenning van de strafwet als een uitzondering op de samenloopregels wordt voorgesteld.

Overigens is er eveneens mee te rekenen dat de, door de schuldenaar aangegane contractuele verbintenis kan overeenkomen met het gedrag dat hij/zij op grond van een – toepasselijke – wet in de materiële betekenis heeft na te komen²⁰.

Is het niet manifest incoherent en discriminerend bij de miskenning in een contractueel kader van een strafwet de buitencontractuele weg beschikbaar te achten, maar bij miskenning van andere wetten in de materiële betekenis²¹ die weg onbereikbaar te verklaren?

8. Afgezien van de – weinig overtuigende – toelichting m.b.t. de tekortkoming, wordt in het arrest van 29 september 2006 vooropgesteld dat de tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidnorm slechts de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering, in een contractueel kader, rechtvaardigt wanneer die tekortkoming andere dan aan de slechte uitvoering (van de contractuele verbintenis?) te wijten schade heeft veroorzaakt.

Uit de voorgaande toelichting blijkt vooreerst dat deze ‘voorwaarde’ in het rond draait wanneer de contractuele gedragsnorm, die in de verbintenis besloten ligt, overeenstemt met een, in casu, toepasselijke algemene zorgvuldigheidnorm of met het welbepaalde gedrag dat door een toepasselijke wetsbepaling in de materiële betekenis wordt opgelegd.

Zelfs wanneer de contractuele gedragsnorm – inhoudelijk – verschilt van het gedrag dat door een toepasselijke algemene zorgvuldigheidnorm of door een toepasselijke wetsbepaling in de materiële betekenis wordt opgelegd, is het geen sinecure te bepalen welke schade door de slechte uitvoering van die contractuele verbintenis is veroorzaakt.

Een duidelijke stellingname daarover ontbreekt: vermits de schade door toedoen van de slechte uitvoering van de contractuele verbintenis moet zijn veroorzaakt, wordt – minstens – de indruk gewekt dat het causaal verband tussen de schade en die slechte uitvoering is te situeren, waardoor enkel de rechtstreekse en onmiddellijke door die slechte uitvoering veroorzaakte schade zou worden geïsoleerd²².

¹⁵. Zie daarover de bijdrage van prof. dr. Th. LÉONARD.

¹⁶. Zie o.m. Cass. 25 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1688, *Pas.* 2004, 1667; Cass. 7 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 651, *Pas.* 2008, 627; Cass. 5 juni 2008, *Arr.Cass.* 2008, 1449, *Pas.* 2008, 1411; Cass. 19 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, 826, *Pas.* 2010, 892.

¹⁷. Die regel is nooit naar jurisprudentiële rechtsregels doorgetrokken, wellicht omdat de kenbaarheid van die rechtsregels veel beperkter is dan bij de wet (in de materiële betekenis) het geval is.

¹⁸. Die vraag is te onderscheiden van de mogelijkheid om een contractuele tekortkoming op grond van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht aan te pakken. Een wet in de materiële betekenis heeft immers geen enkel contractueel gehalte, wanneer de inhoud ervan niet in een contractuele verbintenis is opgenomen. De miskenning van de wet, zelfs in een contractueel kader, zou dus steeds buitencontractueel moeten worden beoordeeld.

Toch wordt meestal, in de Belgische rechtspraak en rechtsleer, aangenomen dat de zgn. samenloopleer daarop toepasselijk zou zijn, wat impliceert dat de miskenning van een wet in een contractueel kader door het contractueel aansprakelijkheidsrecht zou zijn te sanctioneren (zie o.m. S. STIJNS, *o.c.*, 149 *et seq.*).

¹⁹. S. STIJNS, *o.c.*, 189 *et seq.*; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 106 *et seq.*

²⁰. Zie ook reeds vn. 18. In die hypothese gaat de miskenning van de contractuele verbintenis hand in hand met de miskenning van een wettelijke verbintenis.

²¹. Zoals fiscale wetten of socialezekerheidswetten.

²². Wat neerkomt op een verwijzing naar art. 1151 BW: zelfs in geval het niet uitvoeren van de overeenkomst is veroorzaakt door opzet van de schuldenaar, moet de schadevergoeding, wat betreft het verlies dat de schuldeiser heeft geleden en de winst die hij heeft moeten derven, alleen omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst.

Evenwel heeft de Belgische rechtspraak sinds lang van artikel 1151 BW afscheid genomen, door aan te nemen dat ook in een contractuele rechtsverhouding onrechtstreeks en middellijk veroorzaakte schade vergoedbaar is.

Schade die niet als dusdanig door de slechte uitvoering van de contractuele verbintenis is veroorzaakt, maar wel naar aanleiding of zelfs met misbruik van het contractueel kader wordt veroorzaakt, wordt, op basis daarvan, voor vergoeding vatbaar geacht.

9. De nuchtere lezing van beide arresten levert m.a.w. meer (moeilijke) vragen dan antwoorden op.

Wordt de ‘oplossing’ echter wel in de goede richting gezocht? Worden de buitencontractuele en de contractuele aansprakelijkheidsregimes door de rechtspraak niet verkeerd met elkaar verbonden?

Op zichzelf genomen, kan niet ernstig worden betwist dat de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels van toepassing zijn van zodra hun toepassingsvoorwaarden in de feiten verenigd raakten. De omstandigheid dat zulks zich in een contractueel kader kan voordoen, laat onverlet dat de vereniging van de buitencontractuele aansprakelijkheidsvoorwaarden zich voordeed, wat tot de principiële toepasselijkheid van de desbetreffende buitencontractuele aansprakelijkheidsregel moet leiden, ongeacht het – gebeurlijke – contractuele kader.

Er anders over beslissen, zou erop neerkomen dat de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels het karakter van een Schutznorm krijgen toegewezen, vermits de toepassing ervan slechts zou zijn in te roepen t.a.v. rechtssubjecten waarmee geen contractuele rechtsverhouding bestaat.

Op de artikelen 1382-1383 BW²³ kan evenwel door iedere belanghebbende een beroep worden gedaan, mits de toepassingsvoorwaarden ervan zich in zijnen/haren hoofde hebben voorgedaan.

Van die principiële toepasselijkheid kan slechts worden afgeweken op grond van een wet in de materiële betekenis, die de kracht van een wet heeft²⁴, van een op grond van een dergelijke wetsbepaling uitgewerkte jurisprudentiële rechtsregel²⁵ of – onder nader te bepalen voorwaarden – door de contractpartijen zelf.

10. In het Burgerlijk Wetboek is de wetgever manifest van de toepassing van de artikelen 1382 *et seq.* afgeweken wanneer het contractueel verschijnsel zich voordoet en er in dat kader schade wordt berokkend. Die afwijkingen situeren zich zowel op het vlak van de fout, als dat van de schade en van de causaliteitsbeoordeling²⁶.

Oorspronkelijk werden die verschillen jurisprudentieel in aanmerking genomen en uitgewerkt²⁷, maar zulks behoort intussen sinds lange tijd tot de geschiedenis.

De wettelijke afwijkingen van de artikelen 1382-1383 BW om tot een specifiek contractueel aansprakelijkheidsregime te komen, zijn jurisprudentieel, vakkundig, ongedaan gemaakt, ondanks de ongewijzigde bepalingen in het BW, die het tegendeel blijven aangeven.

Jurisprudentieel is m.a.w., met succes, naar éénvormige fout-, schade- en causaliteitsbeoordelingen gestreefd, die zowel in een contractueel als in een buitencontractueel kader aanwendbaar zijn. Het contractueel aansprakelijkheidsregime, waarop het BW uitzicht bood, heeft, ook in contractverhoudingen, het veld moeten ruimen voor de buitencontractuele invulling van die begrippen²⁸.

Die vaststelling zou naar het besluit moeten leiden dat de weinige verschillen die beide aansprakelijkheidsregimes nog onderscheiden²⁹, niet meer kunnen verhinderen dat zij zo goed als versmolten zijn geraakt, zodat het weinig zinvol is voor te houden dat er in een contractueel kader, wetgevend of jurisprudentieel van de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 1382-1383 BW is afgeweken. Het is immers de omgekeerde beweging die zich heeft voorgedaan, nl. de versmelting van beide aansprakelijkheidsregimes tot één enkel, op buitencontractuele maat gesneden aansprakelijkheidsrecht.

11. De vraag naar de samenloop (cumul) van aansprakelijkheden is aldus herleid tot de vraag naar de mogelijkheid voor de contractpartijen om van de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels in hun contractuele verhouding af te wijken.

Naar Belgisch recht³⁰, wordt – in de regel – aangenomen dat partijen van de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels contractueel kunnen afwijken omdat

²³. M.b.t. vermoedens van aansprakelijkheden en objectieve aansprakelijkheden is dit – in beginsel – anders: de eiser moet dan immers een ‘derde’ zijn.

²⁴. Vermits de afwijking betrekking heeft op een wet met kracht van wet, nl. de art. 1382-1383 BW.

²⁵. Die jurisprudentiële rechtsregel moet – in beginsel – met de wetsbepaling verenigbaar zijn en wordt daarvan, als het ware, een onderdeel.

²⁶. Ze zijn aan te treffen in de art. 1146-1155 BW.

²⁷. Die verschillen situeerden zich zowel op het vlak van de fout-, als op dat van de schade- en van de causaliteitsbeoordeling.

²⁸. Van de *culpa levis in abstracto* is nog nauwelijks sprake en in strijd met de art. 1150 en 1152 BW zijn zowel de onvoorzien, als de onrechtstreekse/middellijke schade, in alle hypothesen, voor vergoeding vatbaar, mits ze aan de buitencontractuele schade- en causaliteitstest voldoen.

²⁹. Zie o.m. Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 87 *et seq.*; S. STIJS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, p. 290 (met desbetreffende bijdragen van B. DUBUISSON, *Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison*; I. DURANT, *Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité*; I. SAMOY m.m.v. M. AGUIRRE, *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid, schadeherstel, schadevergoeding en interesten*).

³⁰. Zie Cass. 21 februari 1907, *Pas.* 1907, I, 135; zie ook Cass. 25 april 1958, *Pas.* 1958, I, 944; Cass. 10 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 643, *Pas.* 1981, I, 623.

zij niet van gebiedend/verbiedend recht, doch slechts wilsaanvullend zouden zijn³¹.

Het is de moeite waard om dit ‘uitgangspunt’ ter discussie te stellen wanneer, enerzijds, wordt bedacht dat de – foutieve en ernstige – aantasting van de fysieke en/of psychische integriteit met de, daarbij, in de regel, voorkomende arbeidsongeschiktheid, die – per veronderstelling – t.g.v. een contractueel beding onvergoed zou blijven, niet enkel dramatische gevolgen heeft voor de plaats van het slachtoffer (en vaak ook van zijn gezins- en familieleden) in de samenleving, maar ook met een lastenverschuiving naar de gemeenschap gepaard gaat en, anderzijds, wordt vastgesteld dat foutief financieel en economisch gedrag tot een crisis van het financieel economisch systeem kan leiden³².

Overigens wordt de rechtsgeldigheid van aansprakelijkheidsluitende of – beperkende – bedingen op tal van wijzen beperkt³³. Zulks wordt in verband gebracht met het feit dat de aansprakelijkheid die – onder omstandigheden – met de miskennis van een gebiedende/verbiedende rechtsregel gepaard kan gaan, niet kan worden gecontractualiseerd. De aansprakelijkheidsregels hebben in dat kader m.a.w. eveneens een gebiedend karakter.

Kan, in die omstandigheden, nog worden ontsnapt aan de vaststelling dat het aansprakelijkheidsrecht niet louter de individuele belangen van de geschilvoerende partijen betreft, maar in eerste instantie, omwille van zijn educatieve, preventieve en vergoedende functies tot de gestructureerde organisatie van de samenleving bijdraagt?

Die analyse moet tot het besluit leiden dat het aansprakelijkheidsrecht tot de sluitstukken van de gestructureerde organisatie van de samenleving behoort³⁴ en derhalve van openbare orde is³⁵.

De *lege ferenda* is er aldus meer dan één lans te breken om contractuele bedingen, waardoor contractpartijen de buitencontractuele gedragsregels naar hun hand zetten, met argus-

ogen te bekijken.

Er is, meer bepaald, te onderzoeken of een dergelijke contractualisering, waardoor de aansprakelijkheidsallocatie verschilt van de, door de wetgever gewenste, al dan niet, op het moment van hun toepassing, op termijn, dan wel bij veralgemening, de gestructureerde organisatie van de samenleving in het gedrang kan brengen³⁶.

Die benadering houdt tegelijk in dat de samenloop van de aansprakelijkheden de regel is en dat de uitzonderingen daarop, ter vrijwaring van de openbare orde, nauwkeurig zijn af te bakenen.

12. Onder voorgaand voorbehoud, is *de lege lata* te bepalen wat het (precieze) voorwerp van de contractualisering van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels³⁷ kan zijn.

Die contractualisering kan slechts de wettelijke verbintenis tot schadeherstel betreffen die ontstaat van zodra de aansprakelijkheidsvoorwaarden in een feitelijke context verenigd raakten.

Het is enkel de wettelijke verbintenis tot schadeherstel die door de contractpartijen hetzij kan worden beperkt of uitgesloten, hetzij kan worden uitgebreid. De contractualisering kan geen afbreuk doen aan de inhoud, de zin en de draagwijdte van de aansprakelijkheidsvoorwaarden, die wettelijke, minstens jurisprudentiële, begrippen zijn. Het zijn immers de wetgever en de rechtspraak die de aansprakelijkheidsvoorwaarden bepalen. Andere rechtssubjecten, al dan niet in een contractueel verband, missen de daartoe – grondwettelijk – vereiste macht, dan wel bevoegdheid.

De contractualisering betreft aldus enkel de impact van het aansprakelijkheidsrecht op het patrimonium van de contractpartijen.

Ervan uitgaande dat de buitencontractuele aansprakelijkheid wilsaanvullend is (zou zijn)³⁸, kunnen de contractpartijen

³¹. Tot het gebiedend en het verbiedend recht behoren de rechtsregels (wettelijke/jurisprudentiële) die de openbare orde of de goede zeden betreffen, alsmede de rechtsregels van dwingend of imperatief recht. Bovendien is rekening te houden met het verbod om te handelen in strijd met de algemene begrippen openbare orde en/of goede zeden. Dat verbod wordt beter als een jurisprudentiële rechtsregel, dan wel – voor zoveel nog nodig – als een algemeen rechtsbeginsel benaderd.

³². Vermaarde economen zoals P. KRUGMAN (zie o.m. *End this depression now*, NY, WW Norton and co, 2012, 258 p.) en J. STIGLITZ (zie o.m. *Freefall, free markets and the sinking of the global economy*, London, Penguin, 2010, 443 p.) gewagen inderdaad van een daardoor veroorzaakte financiële en economische systeemcrisis.

³³. Zie o.m. Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, o.c., 893 *et seq.*; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, o.c., 434 *et seq.* In wezen moet de al dan niet rechtsgeldigheid van een dergelijk beding worden beoordeeld niet enkel bij de totstandkoming ervan, maar ook op het moment dat er de toepassing wordt van gevorderd (art. 6 BW), in functie van de feitelijke omstandigheden die zich alsdan voordoen.

³⁴. De gestructureerde organisatie van de samenleving wordt door het bestaan en de – bevredigende – werking van openbare diensten verzekerd. Zowel het positief recht, als de rechtsbedeling behoren tot die openbare diensten (zie L. CORNELIS, “About public order and other vermin” in *Finance and law: twins in trouble*, te verschijnen bij Intersentia).

³⁵. Waarvan in het Frans recht wordt uitgegaan: zie Cass. fr. 11 december 1952, D. 1953, 317.

³⁶. De beoordeling van het, al dan niet, met gebiedend/verbiedend recht strijdig karakter van het bevrijdingsbeding moet immers niet enkel gebeuren bij zijn totstandkoming (geoorloofdheid van het voorwerp en van de oorzaak van de verbintenissen), maar ook en vnl. op het moment van de gevorderde toepassing (art. 6 BW). Die beoordelingen moeten gebeuren in functie van de – mogelijke – effecten van het beoordeelde beding op de gestructureerde organisatie van de samenleving, waarbij de effecten op lange termijn en die bij veralgemening van het ter discussie staande beding zijn te betrekken. De openbare orde is immers geen gebeurtenis (wat wel van de toepassing van een beding is te zeggen), maar een toestand met toekomstvisie.

³⁷. Het voorbehoud heeft m.a.w. betrekking op de – mogelijk betwistbare – rechtsgeldigheid van dgl. contractualisering van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, zowel bij hun totstandkoming, als bij hun toepassing.

³⁸. Zie *supra*, nr. 11.

ingrijpen in de gemeenrechterlijke allocatie van de ‘schadelast’³⁹.

Zoals vermeld, kunnen zij die schadelast aldus beperken, uitsluiten of uitbreiden.

Zij kunnen dit bereiken door een uitdrukkelijk beding, waardoor zij de toepassing van het buitencontractueel aansprakelijkheidsregime op hun contractuele rechtsverhouding uitsluiten. Zulks houdt in dat de allocatie van de door hen contractueel bepaalde schadelast uitsluitend door en op grond van hun overeenkomst moet gebeuren, vanzelfsprekend onder het voorbehoud van de gebiedende/verbiedende rechtsregels die daarop toepasselijk kunnen zijn⁴⁰.

Een ‘samenloopprobleem’ doet zich, binnen die grenzen, niet voor: het buitencontractueel aansprakelijkheidsregime is nl. contractueel buitenspel geplaatst, tenzij zulks, gelet op de feitelijke omstandigheden waarin op de aansprakelijkheidscontractualisering een beroep wordt gedaan, tegen gebiedende/verbiedende rechtsregels zou ingaan.

In laatstgenoemde hypothese, herneemt het buitencontractueel aansprakelijkheidsregime (al) zijn rechten en staat de contractualisering buiten spel⁴¹.

13. Gelet op het beginsel van het consensualisme, kan de contractualisering van de gemeenrechterlijke schadelast ook impliciet, dan wel stilzwijgend gebeuren.

In de hypothese van een stilzwijgende afstand van het recht om de toepassing van het buitencontractueel aansprakelijkheidsregime in te roepen, wanneer daartoe grond bestaat, kan dergelijke afstand slechts worden afgeleid uit feiten, omstandigheden die voor geen enkele andere interpretatie vatbaar zijn dan dat zij gemeenschappelijke wil van de contractpartijen tot uitdrukking brengen dat er, in hun contractuele verhouding, geen plaats voor de toepassing van het buitencontractueel aansprakelijkheidsregime is⁴².

De gebeurlijke contractualisering van de schadelast door uitsluiting van het buitencontractueel aansprakelijkheidsregime is m.a.w. te bepalen niet op grond van een zgn. ‘onderstelling’⁴³, maar wel op grond van hun desbetreffende werkelijke, gemeenschappelijke bedoeling van de partijen. Er bestaat immers geen rechtsregel die ervan uitgaat dat m.b.t.

elke contract kan worden ondersteld, behoudens andersluidend beding, dat de partijen hun contractuele rechtsverhouding uitsluitend door de contractuele aansprakelijkheidsregels willen laten beheersen.

Om de – gebeurlijke impliciete – gemeenschappelijke wil van de contractpartijen te bepalen, bestaan er daarentegen wel rechtsregels en -technieken.

Zij moeten worden toegepast, in voorkomend geval aangevuld met de jurisprudentiële rechtsregel i.v.m. de stilzwijgende afstand van recht.

Zoals bekend is, laten ze aan de feitenrechter een weliswaar ruime, maar niet onbeperkte beoordelingsvrijheid⁴⁴. Voornamelijk de verplichting om de desbetreffende middelen van de partijen te beantwoorden, leidt tot een inhoudelijke sturing van het rechterlijk interpretatieproces⁴⁵.

De zoektocht naar een – impliciete – gemeenschappelijke wil van de partijen om het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht uit het contractuele kader te weren, dan wel naar een stilzwijgende afstand van het recht om zich op dat buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht te beroepen, blijft er evenwel en (terecht) van uitgaan dat bij afwezigheid van die (impliciete) gemeenschappelijke wil of van die stilzwijgende afstand van recht, de artikelen 1382 *et seq.* BW binnen de contractuele rechtsverhouding kunnen worden toegepast.

14. Op grond van welke feitelijke elementen kan tot de hiervoor beoogde (impliciete) gemeenschappelijke wil van de contractpartijen, dan wel tot een stilzwijgende afstand van recht worden besloten?

Uiteraard zullen de contractuele bepalingen, hun feitelijke context en het gedrag van de partijen (zowel precontractueel, als in de uitvoeringsfase) determinerend zijn.

Bij wijze van feitelijke vermoedens⁴⁶, waarvan de bewijswaarde in concreto door de feitenrechter blijft te beoordelen, kan uit de onverenigbaarheid van een contractuele allocatie van een schadelast met de gemeenrechterlijke buitencontractuele allocatie ervan worden afgeleid dat de partijen – minstens op dat gecontractualiseerde punt – van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht hebben willen afwijken,

^{39.} De schadelast wordt gedragen door het slachtoffer wanneer de schade – om welke reden ook – onvergoed blijft of door de aansprakelijke, wanneer hij/zij de schade, vrijwillig dan wel op grond van een rechterlijke beslissing, vergoedt.

^{40.} Dit – belangrijke – voorbehoud bevestigt impliciet dat de desbetreffende buitencontractuele rechtsregels in een contractueel kader toepasselijk blijven (vermits ze voorrang moeten krijgen). De vraag is dan vanzelfsprekend waarom het anders zou zijn voor buitencontractuele rechtsregels die zgn. niet van gebiedend of verbiedend recht zijn?

^{41.} Dit volgt uit de toepassing van art. 6 BW.

^{42.} Zie m.b.t. de stilzwijgende afstand van recht: o.m. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 911 *et seq.*

^{43.} Zie evenwel Cass. 27 november 2006, *Arr. Cass.* 2006, 2427, *Pas.* 2006, nr. 600.

^{44.} De feitenrechter zal aldus zijn/haar beslissing moeten motiveren, met antwoord op de door de partijen ingeroepen middelen zonder in een dubbelzinnigheid, onnauwkeurigheid dan wel tegenstrijdigheid te vervallen. Hij/zij mag evenmin de bewijskracht van de daarbij gebruikte stukken miskennen. Eenmaal het bestaan van een overeenkomst/rechtshandeling vastgesteld, mag hij/zij de eraan toekomende bindende kracht niet over het hoofd zien.

^{45.} De verplichting maakt het voor de feitenrechter noodzakelijk om de gedachtengang van een partij, gevolgd om tot een middel te komen, in aanmerking te nemen en daarover stelling te nemen. Het komt aldus, tijdens het beraad, tot een intense gedachtenwisseling, waardoor de uitspraak – welke ook het resultaat weze – wordt beïnvloed.

^{46.} Zie de art. 1349 en 1353 BW; zie ook: B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 431 *et seq.*

dan wel dat één van hen daarvan stilzwijgend afstand heeft gedaan⁴⁷.

In dat – feitelijk – kader en steeds met inachtnaam van de daarmee gepaard gaande voorbehouden⁴⁸, kan aldus uit een contractuele aansprakelijkheidsregeling, uit een verkorte verjaringstermijn, uit een contractuele vervaltermijn, uit een inkorting van gemeenrechtelijk bepaalde (vorderings)rechten, ... de (impliciete) gemeenschappelijke wil, respectievelijk de stilzwijgende afstand van recht worden afgeleid, waardoor het gecontractualiseerde punt aan de greep van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht wordt onttrokken.

Immers uit dergelijke contractbepalingen blijkt en volgt dat wanneer door een wanprestatie aan de medecontractant schade wordt berokkend, het slachtoffer vooraf – krachtens de overeenkomst – heeft aanvaard om die schadelast zelf, geheel of deels, te dragen zonder verhaal op de partij die de schadelast heeft veroorzaakt⁴⁹, ongeacht de vraag of het, bij ontstentenis daarvan, lastens de medecontractant een schadeherstel zou kunnen bekomen.

15. Die uitsluiting, respectievelijk beperking van verhaal, ongeacht de wijze waarop zij worden gecontractualiseerd⁵⁰ steunt op de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, minstens op een stilzwijgende afstand van het recht om op de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels een beroep te doen, waardoor de schadelast op een andere wijze wordt gealloceerd.

Die uitsluiting, respectievelijk beperking van verhaal moet te goeder trouw worden nagekomen⁵¹: daarmee is onvermijdelijk dat wanneer zich tijdens de uitvoeringsfase schade voordoet, het slachtoffer, dat de uitsluiting, respectievelijk beperking heeft aanvaard, alsnog zijn oorspronkelijke wilsuiteding tracht te ontwijken door op het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime een beroep te doen.

De toepassing van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht wordt in die omstandigheden niet geweerd omdat er, in een contractueel kader, een zgn. samenloopverbod zou bestaan, maar wel omdat wordt aanvaard dat conventionele afwijkingen van het (contractueel en buitencontractueel) aansprakelijkheidsrecht toegelaten zijn, omdat de partijen de

gebeurlijke schadelast t.g.v. een contractuele tekortkoming op een bijzondere wijze tussen hen hebben gealloceerd⁵² en de bindende kracht van hun overeenkomst, dan wel de vastgestelde afstand van recht worden miskend wanneer aan het slachtoffer alsnog wordt toegelaten om op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid aan enige (of meer) schadevergoeding te geraken.

Het gevolg daarvan is dat het slachtoffer zelf de schade, geheel of gedeeltelijk, moet dragen, wel wetende dat, die schade bij ontstentenis van de contractuele afspraak of van de afstand van recht, bij toepassing van het (gemeen) contractueel, dan wel buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, vergoedbaar zou zijn geweest.

Die – onvergoedbare – schade is voor het slachtoffer m.a.w. louter contractuele schade, nl. het gevolg van de bindende kracht van de overeenkomst (en de uitvoering te goeder trouw ervan) of van de (stilzwijgende) afstand van recht.

16. Eerste besluit.

Waarom zou de wettelijke verplichting tot schadeherstel, die zich opdringt van zodra de toepassingsvoorwaarden van enige buitencontractuele aansprakelijkheidsregel in de feiten verenigd raakten, niet gelden wanneer de rechtssubjecten zich bovendien in een contractuele rechtsverhouding bevinden?

Wanneer de wetgever zelf op de contractuele rechtsverhouding andere aansprakelijkheidsregels toepast, is de rechtvaardiging voor die afwijking meteen gevonden.

Evenwel is het contractueel aansprakelijkheidsrecht, jurisprudentieel en met miskenning van de door de wetgever nagestreefde afwijkingen, meer en meer op de leest van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht geschoeid. Gewagen van twee, zgn. onderscheiden aansprakelijkheidsregimes mist daardoor dan ook grondslag of is, op zijn minst, artificieel te noemen.

Kunnen de partijen – in afwijking van de wil van de wetgever en van de rechtspraak – alsnog in hun contractuele rechtsverhouding de schadelast⁵³ tussen hen op een andere wijze alloceren dan op grond van het (gemeen) aansprakelijkheidsrecht zou gebeuren?

⁴⁷. Het bekende feit is alsdan de contractuele allocatie van een schadelast; het onbekende feit is de bedoeling van de partijen om van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht af te wijken, resp. van één der partijen om van laatstgenoemd aansprakelijkheidsrecht afstand te doen.

⁴⁸. Nl. dat er een verband tussen het bekende en het onbekende feit bestaat, dat de deductie te rechtvaardigen is en niet door andere ingeroepen gegevens wordt tegengesproken en dat de feitenrechter van de (rechterlijke) zekerheid van zijn/haar afleiding uitgaat (zie B. CATTOIR, o.c., 438-442), waarop het Hof van Cassatie – gebeurlijk – een – weinig omschreven – wettelijkheidscontrole uitoefent.

⁴⁹. Uiteraard steeds onder het voorbehoud van de verenigbaarheid ervan met gebiedend/verbiedend recht.

⁵⁰. De contractualisering kan immers vele vormen aannemen: uitsluiting (geheel of deels) van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht; vorm- of termijnvoorschriften om over een aanspraak op vergoeding te beschikken; de contractuele inkorting van de algemene/zorgvuldigheidsnorm.

⁵¹. Art. 1134, derde lid BW: die wetsbepaling houdt in dat in de uitvoeringsfase van de overeenkomst door de partijen niet op de initiële wilsovereenstemming en de, daaraan toekomende inhoud, zin en draagwijdte mag worden teruggekomen. Die wilsovereenstemming wordt zelf gekaderd binnen de vereisten die worden gesteld m.b.t. de bekwaamheid en het voorwerp/de oorzaak van de – overwogen – verbintenissen, op het moment van de contractvorming.

⁵². Zie *supra*, nr. 14.

⁵³. Zie *supra*, nr. 12.

Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de rechtskracht⁵⁴, die aan het aansprakelijkheidsrecht wordt toegekend.

Hiervoor is ervoor gepleit om het aansprakelijkheidsrecht⁵⁵ van openbare orde te achten, zodat de toepassing ervan niet kan worden gecontractualiseerd. Een gecontractualiseerde allocatie van de schadelast gaat immers met een externalisering⁵⁶ van die last gepaard, die afwijkt van de tenlasteneming van de schade die door de aansprakelijkheidsregels wordt voorgeschreven. Ten gevolge van de contractualisering zullen immers andere personen en, finaal, de gemeenschap moeten instaan voor schade, die – in afwezigheid van de contractualisering – volgens het traject van het gemeen aansprakelijkheidsrecht uitzicht op vergoeding had gegeven.

Wordt, *de lege lata*, gemeend dat het aansprakelijkheidsrecht

voor contractualisering vatbaar is, dan is de inhoud, de zin en de draagwijdte ervan krachtens de, *in concreto*, nader te bepalen gemeenschappelijke bedoeling van de contractpartijen in kaart te brengen. In dat kader is eveneens met de mogelijkheid van een stilzwijgende afstand van recht rekening te houden.

De wering van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht uit de contractuele rechtsverhouding is m.a.w. niet het werk van een zgn. samenloopverbod, maar wel van de gebeurlijke gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, minstens van een stilzwijgende afstand van recht.

Tot zijn ware proportie herleid, is het zgn. samenloopverbod aldus een trieste ‘rechtshallucinatie’, waardoor onnodig veel juridische energie is opgeslorpt, die een betere besteding⁵⁷ had verdiend.

B. ANDERMAAL OVER DE INTIEME VERHOUDING TUSSEN SCHADE EN CAUSAAL VERBAND

17. Zoals, meestal, wordt gedacht dat het aansprakelijkheidsrecht enkel de belangen van de erbij betrokken rechtssubjecten raakt, wordt er eveneens van uitgegaan dat de fout- of persoonlijke aansprakelijkheid drie toepassingsvoorwaarden heeft: een fout, een schade en een daartussen bestaand causaal verband.

Zowel het ene, als het andere is voor betwisting, minstens voor sterke nuancering vatbaar.

Het aansprakelijkheidsrecht is een, door de gemeenschap opgelegde afrekeningsmechanisme om rechtssubjecten (en hun omgeving) die met elkaar (onzacht) in botsing zijn geraakt, tot een ‘vergelijk’ te verplichten, waardoor zij hun levenswandel moeten en kunnen vervolgen, zonder verdere aanspraken jegens elkaar uit hoofde van de foutief veroorzaakte en geleden schade.

Het aansprakelijkheidsrecht zet de maatschappelijke wanorde, waarmee foutief veroorzaakte en geleden schade gepaard gaat, om in – zo wordt opgelegd maar niet gegarandeerd – herstellend gedrag vanwege de aansprakelijke, waardoor aan het slachtoffer, dat een vergoeding bekommt, het recht wordt ontzegd om zich nog over het gedrag van de aansprakelijke te beklagen.

De maatschappelijke wanorde en de daarmee verbonden kwaadaardige gevoelens omwille van het gedane/geleden

onrecht, worden door de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht ontijdend.

Zijn toepassing doet het doek over het kwalijke gebeuren vallen, vermits de gemeenschap ervan uitgaat dat zij daarna van die rechtssubjecten kan en mag verwachten dat zij erkennen dat hun aanspraken jegens elkaar volledig en in alle opzichten in aanmerking zijn genomen, zodat elkeen van hen, zonder verder omzien, zijn/haar weg door het leven moet vervolgen. In het belang van de gemeenschap en van de – openbare – orde die haar kenmerkt, worden de partijen aldus verplicht hun geschillen door het aansprakelijkheidsrecht beslecht te achten.

Op de gestructureerde organisatie van de samenleving (de openbare orde) komt het ook in het aansprakelijkheidsrecht aan; de behartiging van de belangen van de rechtssubjecten, waarop het aansprakelijkheidsrecht wordt losgelaten, is weinig meer dan het gebruik van één van de vele instrumenten waarmee dit – hogere – doel wordt gevrijwaard.

Een gemeenschap die geen einde kan maken aan aanslepende geschillen tussen rechtssubjecten, hoe zwaarwichtig de inzet daarvan ook moge zijn⁵⁸, brengt onvermijdelijk haar gestructureerde organisatie in het gedrang. Aanslepende geschillen verhinderen trouwens van meet af aan elke gestructureerde organisatie.

⁵⁴. In functie van die rechtskracht bestaat er een hiërarchie tussen de rechtsregels.

⁵⁵. Zie *supra*, nr. 11.

⁵⁶. De (financiële) gevolgen van de contractuele allocatie van de schadelast blijft immers niet (noodzakelijk) tot de contractpartijen beperkt: zulks wordt met externalisering bedoeld.

⁵⁷. Bv. een diepgaande kritische analyse van het aansprakelijkheidsrecht met hertekende voorstellen als gevolg, ingaande op en gebruik makende van de verbanden met het verzekerings- en het socialezekerheidsrecht.

⁵⁸. Gelet op de menselijke eindigheid is de aantasting van de fysieke, dan wel psychische integriteit en de, daarvoor gebeurlijk te bekomen schadevergoeding, de meest zwaarwichtige inzet die in het aansprakelijkheidsrecht aan de orde kan zijn. Zgn. economische, financiële en commerciële schade, ongeacht de daarmee gemoeide bedragen, moeten daaraan ondergeschikt worden geacht vermits die slachtoffers daardoor, in de regel, niet in hun fysieke en psychische integriteit worden getroffen.

Geschillen, die aan controle ontsnappen, volgen immers een eigen dynamiek. Vaak zwellen ze aan en betrekken ze meer en meer personen in het gebeuren⁵⁹. Het aansprakelijkheidsrecht is als afrekeningsmechanisme door de gemeenschap precies ontwikkeld om de controle over geschillen niet te verliezen, om er tijdig en geordend een einde aan te kunnen maken.

De – maatschappelijke – relevantie van dat afrekeningsmechanisme kan niet worden onderschat. De toepassing van het aansprakelijkheidsrecht moet worden verzekerd van zodra de aansprakelijkheidsvoorwaarden daartoe zijn verenigd. Het is een jammerlijke en tegelijk pijnlijke vaststelling dat zulks niet steeds gebeurt⁶⁰.

De – onterechte⁶¹ – complexiteit van het aansprakelijkheidsrecht zit daar ook voor veel tussen, maar ook de groeiende miskenning van haar (hierboven omschreven) doelstelling, waardoor het aansprakelijkheidsrecht het noorden kwijtraakt en er feitelijke aansprakelijkheidsimmuniteten ontstaan, die elke verbeelding en ook de openbare orde tarten.

18. De schadevergoeding strekt er – volgens de jurist – toe het slachtoffer terug te plaatsen in de toestand waarin het zich bij ontstentenis van de onrechtmatig berokkende schade zou hebben bevonden⁶².

Alleen juristen, die zelf (nog) niet het slachtoffer van onrechtmatig veroorzaakte schade zijn geworden, geloven zulks.

Het gaat immers over een fictie: naarmate de geleden schade in zwaarwichtigheid toeneemt, wordt het zekerder en zekerder dat de schadevergoeding het slachtoffer niet terug in de toestand zal plaatsen, waarin het zich zonder de onrechtmatige daad zou hebben bevonden.

Het voorbeeld van een onrechtmatig veroorzaakte invaliditeit en arbeidsongeschiktheid, die de percentages van 60% overschrijden, is welbekend.

Het leven met dergelijke (fysische, psychische, sociale en/of economische) handicaps is – ondanks de zgn. schadevergoe-

ding – niet vergelijkbaar met een leven zonder die handicaps.

Juristen zien het anders: uit het gezag van gewijsde⁶³, dan wel uit de bindende kracht van een gebeurlijke minnelijke regeling⁶⁴ leiden ze af dat – in rechte – vaststaat dat de actuele toestand, waarin het slachtoffer zich na de onrechtmatige daad bevindt, ‘vermeerderd’ met de schadevergoeding⁶⁵, het slachtoffer in de toestand plaatst waarin het zich zonder die onrechtmatige daad zou hebben bevonden.

Vermits de schadevergoeding het resultaat van de begroting, de becijfering van de schade is, volgt daaruit dat de (vergoedbare) schade verwijst naar een negatief verschil⁶⁶ tussen de actuele toestand van het slachtoffer en zijn hypothetische toestand t.a.v. één zijner belangen.

Die belangen kunnen zowel materieel, als immaterieel zijn. Materiële belangen kunnen betrekking hebben op de fysieke, dan wel psychische integriteit, op het actueel en toekomstig – zekere – patrimonium ... Vaak zal de onrechtmatige daad die schade veroorzaakt, trouwens tegelijk meerdere belangen van het slachtoffer negatief aantasten.

De aantasting van elk afzonderlijk belang is in rechte op te vatten als een negatief verschil tussen de zich, m.b.t. dat specifieke belang voordoende actuele toestand en de zich, evenzeer m.b.t. dat specifieke belang, voordoende hypothetische toestand.

19. Niet elk negatief verschil, tussen de actuele en de hypothetische toestand m.b.t. één der belangen van het slachtoffer, is evenwel vergoedbaar. Met veel branie en lef houden de juristen immers voor dat het negatieve verschil zeker, persoonlijk en rechtmatig moet zijn.

Enig inzicht in het schadebegrip volstaat om er zich reenschap van te geven dat de zgn. zekerheid van de schade van een grote dosis arrogantie, zoniet van buitenmatig optimisme getuigt. De schade is immers, per definitie, onzeker: het enige zekere aan de schade is dat ofwel een rechter⁶⁷, ofwel de aangesprokene⁶⁸, op een gegeven moment, de zgn. zekerheid van de schade bestatigt.

⁵⁹. Omdat de geschilvoerende partijen steun zoeken en krijgen van familieleden, vrienden en zij die, om zeer uiteenlopende redenen, tot het kamp van de ene of de andere groep van kemphanen wil behoren.

⁶⁰. De onmacht van het aansprakelijkheidsrecht t.a.v. de financiële operatoren die het – foutief – tot de financiële en economische crisis lieten komen en die niet enkel massaal aan de overheden, maar ook aan miljoenen mensen schade berokkenden/blijven berokkenden, is schrijnend. Wie zich daarin wil verdiepen kan o.m. informatie en steun vinden bij A. ADMATI en M. HELLWIG, *The bankers' new clothes*, Princeton, UP, 2013, p. 398.

⁶¹. Zie ook Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, o.c., 22-27.

⁶². O.m. Cass. 13 april 1995, *Arr.Cass.* 1995, 409, *Pas.* 1995, I, 423; Cass. 13 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 778, *Pas.* 1995, I, 804; Cass. 21 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2283, *Pas.* 2001, 2214; Cass. 9 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 919, *Pas.* 2003, 765.

⁶³. Waarvan bekend is dat het zijn grondslag in de juridische techniek van de fictie vindt, vermits de leuze ‘*errare humanum est*’ o.m. ook voor magistraten geldt.

⁶⁴. Waarvan de grondslag art. 1134, eerste lid BW is.

⁶⁵. Waarvan evenwel niet steeds vaststaat dat zij daadwerkelijk door het slachtoffer wordt bekomen: aansprakelijken kunnen insolvent zijn of kunnen zich insolvent maken/hebben gemaakt. Vanuit de bekommernis om het slachtoffer van een zgn. integrale schadevergoeding te laten genieten, is het weinig of niet betamelijk dat die mogelijkheid niet onder ogen wordt genomen en dat er geen waterdichte oplossing wordt gevonden.

⁶⁶. Hoewel minder voorkomend, kan het immers gebeuren dat de onrechtmatige daad aanleiding geeft tot een positief verschil. De – weinig doorzichtige – rechtspraak i.v.m. de zgn. voordeelstoerekening vindt daarin haar oorsprong.

⁶⁷. In de hypothese dat het geschil in rechte moet worden beslecht.

⁶⁸. Wanneer de aangesprokene, vrijwillig, de (wettelijke) plicht tot schadeherstel erkent, alsmede de omvang ervan.

De rechter of de aangesprokene daartoe brengen, is mogelijks een grote kunst, maar verandert niets aan de onderliggende onzekerheid die finaal ‘schade’ wordt genoemd.

Om daarvan een (wazig) beeld te geven, moet bij de vaststelling van zowel de actuele, als de hypothetische toestand van het slachtoffer worden stilgestaan.

20. De actuele toestand verwijst naar de feitelijke toestand, waarin het slachtoffer zich t.g.v. de onrechtmatige daad bevindt.

Die actuele toestand heeft zich reeds voorgedaan op het moment van de rechterlijke uitspraak⁶⁹ of van de minnelijke schikking. Mits de daartoe vereiste inspanningen te leveren kan die toestand tot op dat moment precies in kaart worden gebracht.

M.b.t. de toestand die zich daarna voordoet, wordt van toekomstige schade (de toekomstige actuele toestand) gesproken.

Denken de juristen dat zij het verborgen talent van de waarzeggerij bezitten, wanneer zij die toekomstige schade bepalen en begroten? Geenszins, zij dekken de onzekerheid die de toekomst kenmerkt af door zedig van een zgn. rechterlijke zekerheid te gewagen. Die zgn. rechterlijke zekerheid is geen (absolute) zekerheid, maar verkapte waarschijnlijkheid die in rechte voor zekerheid kan doorgaan. De waarschijnlijkheidsbeoordeling is een feitelijke aangelegenheid, waarover de (individuele) feitenrechter – in beginsel – soeverein oordeelt: klaar is Kees, althans ogenschijnlijk.

Waarop steunt de rechterlijke waarschijnlijkheidsbeoordeling?

Onmiskenaar op feitelijke vermoedens. De rechters steunen m.a.w. op bekende feiten (m.b.t. de actuele toestand van het slachtoffer op het moment van de uitspraak), waaruit onbekende feiten (de toekomstige, actuele toestand) worden afgeleid, die in rechte als zeker worden aangemerkt, gelet op hun ‘waarschijnlijkheid’⁷⁰.

Als bewijsmiddel komt aan het feitelijk vermoeden een grote trefkracht toe om uit bekende feiten onbekende feiten af te leiden wanneer het erop aankomt om een resultaat of gevolg te kunnen verklaren dat zich reeds heeft voorgedaan.

Het is volstrekt andere koek om uit bekende feiten andere onbekende feiten af te leiden die zich pas in de (mogelijks verre) toekomst zullen voordoen.

Op dit punt zijn ieders levenservaringen vrij identiek: het is voor eenieder onmogelijk te bepalen in welke toestand hij/zij zich zal bevinden binnen één, vijf, tien of langere jaren. Ieder kan immers, op grond van eigen ervaringen, vaststellen dat er zich steeds opnieuw gebeurtenissen, omstandigheden, toestanden voordoen die het levenspad min of meer van richting doen veranderen.

Voor slachtoffers is dat niet anders.

In die omstandigheden, van de bekende actuele toestand⁷¹ uitgaan om de onbekende toekomstige actuele toestand van het slachtoffer te bepalen, zonder de – toekomstige – omstandigheden, gebeurtenissen en toestanden in aanmerking te nemen, waarvan wel zeker is dat zij zich zullen voordoen en de toekomstige toestand van het slachtoffer (onvoorspelbaar) zullen beïnvloeden⁷², leidt naar een andere rechtshallucinatie, die het slachtoffer evenwel zeer zuur kan opbreken, wanneer zulks ertoe leidt dat zijn actuele toekomstige toestand bij de schadebepaling en -begroting zwaar wordt overschat.

Dat de juristen zich daarbij, zonder veel nadenken, neerleggen is onbehoorlijk te noemen. Vermits de schadevaststelling en begroting niet wettelijk zijn geregeld en derhalve door de juristen kunnen worden uitgewerkt om hen zo nauw mogelijk bij het ideaal van het volledig herstel te doen aansluiten, hebben zij de mogelijkheid om tot jurisprudentiële rechtsregels te komen die op het vlak van de actuele toestand van het slachtoffer een veel beter resultaat garanderen en tegelijk tot een efficiënter schadevergoedingsrecht leiden.

Het volstaat daartoe de in het arbeidsongevallenrecht bekende techniek van de herziening, *mutatis mutandis*, in het schadevergoedingsrecht te integreren. Aldus kan, in concreto, met de evoluerende actuele toestand van het slachtoffer rekening worden gehouden, essentiële parameter om het te vergoeden negatief verschil te kunnen bepalen en vergoeden.

21. Het onzekerheidshek is helemaal en definitief van de dam wanneer de zgn. hypothetische toestand van het slachtoffer ter sprake komt.

Zelfs de moed der wanhoop kan niet verklaren dat aan de – jurisprudentiële – vaststelling van die hypothetische toestand enige geloofwaardigheid wordt gehecht.

Wat is er aan de hand? Met de vaststelling van de hypothetische toestand wordt verwezen naar de toestand waarin het slachtoffer zich sinds de onrechtmatige daad tot het einde

^{69.} Zoals bekend moet de rechter zich op het tijdstip van zijn uitspraak plaatsen om de schade vast te stellen en te begroten. De zgn. splitsingsmethode is daarvan de uitloper (zie o.m. D. DE CALLATAY en N. ESTIENNE, *o.c.*, 69; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 663-665).

^{70.} De mate van waarschijnlijkheid wordt door de feitenrechter soeverein beoordeeld, onder voorbehoud van een eventuele en weinig omschreven wettelijkheidscontrole door het Hof van Cassatie op de toepassing die de feitenrechter van feitelijke vermoedens heeft gemaakt. Van de feitenrechter wordt overigens verwacht dat hij/zij in het vonnis/arrest de waarschijnlijkheid tot zekerheid omvormt (zie bv. CATTOIR, *o.c.*, 440-442).

^{71.} Zijnde de toestand van het slachtoffer gedurende de periode gelegen tussen de onrechtmatige daad en de uitspraak van de rechter.

^{72.} Zijnde de toestand waarin het slachtoffer zich t.g.v. de onrechtmatige daad zal bevinden gedurende de periode gelegen tussen de uitspraak van de rechter en zijn/haar levenseinde.

van zijn/haar aards verblijf zou hebben bevonden, indien de onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven.

Onoverkomelijk (en onweerlegbaar) is daarbij evenwel dat de vaststelling van die hypothetische toestand, voor eens en altijd, door ... de onrechtmatige daad onmogelijk en onnatuurlijk is geworden. Het verhaal van het slachtoffer, bij ontstentenis van de onrechtmatige daad zal, per definitie, een onbeschreven blad blijven, vermits dat verhaal enkel nog op het blad met zijn actuele toestand is aan te treffen!

Om die onmogelijke opdracht niettemin tot een 'goed' (?) einde te brengen, wordt alweer met feitelijke vermoedens gewerkt. De feiten verwijzen ditmaal naar omstandigheden, gebeurtenissen, toestanden m.b.t. het slachtoffer die zich vóór de onrechtmatige daad hebben voorgedaan.

De onbekende feiten, d.w.z. de levenslange toestand van het slachtoffer na de onrechtmatige daad, indien die laatste zich niet zou hebben voorgedaan, worden daarop gebaseerd, mogelijks aangevuld met enige statistische gegevens, die gegevens uit het verleden, omgebouwd tot gemiddelden, naar de toekomst trachten te vertalen.

Zoals reeds m.b.t. de (toekomstige) actuele toestand van het slachtoffer werd vastgesteld, wordt bij die deducties – noodgedwongen – abstractie gemaakt van het alom bekende gegeven dat de veranderende gebeurtenissen, omstandigheden, toestanden die zich ook op het levenspad van het slachtoffer hadden voorgedaan, indien de onrechtmatige daad achterwege ware gebleven, zich geenszins noodzakelijk in het verlengde van zijn toestand vóór de onrechtmatige daad zouden situeren, net zomin er iets zinnigs kan worden gezegd over de verenigbaarheid daarvan met enig statistisch bepaald gemiddelde of model.

Ook de zgn. hypothetische toestand van het slachtoffer dient zich m.a.w. aan als een onversneden rechtshallucinatie, een (rechterlijke) fictie van het allerhoogste gehalte.

22. De wankel of manke parameters, op grond waarvan tot het bestaan van een negatief verschil wordt besloten, dat vervolgens wordt begroot, gaat aldus met een grote kans op 'vergissingen' gepaard.

Die kans neemt nog toe gelet op het beschikkingsbeginsel, waardoor het aan de partijen toekomt om de feiten (o.m. inzake de schade) aan de feitenrechter voor te leggen. Er bestaat m.a.w. geen enkele garantie dat alle relevante feitelijke gegevens m.b.t. de toestand van het slachtoffer voor⁷³ en na de onrechtmatige daad⁷⁴ volledig, dan wel correct aan

de feitenrechter worden voorgelegd en/of door hem correct kunnen worden ingeschat.

Het is dan ook meer dan een krachttoer om, in die omstandigheden, tot een *zeker* negatief verschil tussen de actuele en de hypothetische toestand van het slachtoffer te besluiten en daarvan de maat van de schade, alsmede van haar begroting te maken.

De (on)zekerheid van dit negatief verschil is immers rechtstreeks afhankelijk van de (on)zekerheid(sgraad) van de eerder vastgestelde actuele en hypothetische toestand van het slachtoffer. Vermits die zekerheden, om de toegelichte redenen, zo lek als een zeef zijn, geldt zulks eveneens m.b.t. het zgn. negatief verschil. De utopie van het integraal schadeherstel heeft sinds lang alle pluimen verloren.

Wie inzake schadevaststelling en begroting de tering naar de nering wil zetten, komt aldus tot de bevinding dat die begrippen in werkelijkheid voortbouwen op een ingewikkelde combinatie van – individuele – billijkheidsoverwegingen en forfaitaire inschattingen, waaraan kop noch staart is te krijgen en waarvan slechts onzekerheid uitgaat.

Onzekerheid m.b.t. de vaststelling van de (toekomstige) actuele toestand; onzekerheid m.b.t. de vaststelling van de hypothetische toestand; onzekerheid m.b.t. het op grond daarvan⁷⁵ 'vastgestelde' negatief verschil.

Onzekerheid vooral m.b.t. de vraag of de daarop geënte schadebegroting alle schade zal vergoeden die het slachtoffer t.g.v. de onrechtmatige daad heeft geleden, lijdt en zal lijden.

Een overdreven schadevergoeding benadeelt de aansprakelijke (en zijn verzekeraars en/of familieleden)⁷⁶.

Een ontoereikende schadevergoeding benadeelt het slachtoffer, zijn familieleden en de gemeenschap⁷⁷.

23. Indien aan die, op zijn minst, halfslachtige 'oplossing' van aansprakelijkheids geschillen zo weinig aandacht wordt geschonken en nog minder wordt gedaan, kan daaruit slechts worden afgeleid dat het zgn. recht van het slachtoffer op integrale schadevergoeding een misleidende zoethouder, minstens een misvatting is.

De kans om met het juridische arsenaal tot een integrale schadevergoeding te komen is van louter toeval afhankelijk, met een kans vergelijkbaar met die om met een kansspel het grote lot te winnen.

Die gang van zaken bevestigt dat niet zozeer de – integrale – schadevergoeding toegekend aan het slachtoffer lastens de

⁷³. Die gegevens bepalen nl., op grond van feitelijke vermoedens, de vaststelling van de hypothetische toestand van het slachtoffer.

⁷⁴. Die gegevens bepalen, op grond van feitelijke vermoedens, de vaststelling van de toekomstige actuele toestand van het slachtoffer.

⁷⁵. Het negatief verschil volgt nl. uit de aanrekening van de actuele toestand op de hypothetische toestand van het slachtoffer: het vertoont m.a.w. hetzelfde onzekerheidsgehalte als die beide, voorgaande toestanden.

⁷⁶. Vermits het patrimonium van het rechtssubject wordt aangetast, dat de schadelast finaal zal dragen.

⁷⁷. De schade wordt steeds door iemand gedragen: het slachtoffer zal in de regel niet door zijn familieleden in de steek worden gelaten en zal, ook al mocht dit gebeuren, op het sociaalzekerheidssysteem kunnen terugvallen.

aansprakelijke in het aansprakelijkheidsrecht centraal staat⁷⁸, maar wel als dusdanig de beslechting⁷⁹ van het aansprakelijkheidsgechil, waardoor wordt vermeden dat het conflict ontspoot.

Het zou de rechtswetenschap ertoe moeten toe aanzetten om het aansprakelijkheidsrecht aan hernieuwd onderzoek te onderwerpen, vermits de doelstelling ervan (de zgn. integrale schadevergoeding) niet wordt bereikt.

Afgezien van een periodieke herziening van de toestand van het slachtoffer en van de zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden⁸⁰, zouden daarbij de billijkheidsoverwegingen die bij de schadevaststelling en begroting zo prominent de kop opsteken onder woorden moeten worden gebracht. Tevens moet worden bepaald of en in welke mate – evoluerende en dus aan te passen – statistische gegevens in de evoluerende schadevergoedingsherziening zijn te integreren.

24. Tot het bestaan van een causaal verband tussen een welbepaalde onrechtmatige daad en een welbepaalde schade⁸¹ is te besluiten wanneer een *conditio sine qua non*-verband tussen beide gebeurtenissen wordt vastgesteld.

Daartoe moet – volgens de jurist – de in aanmerking genomen onrechtmatige daad in het aansprakelijkheidsverhaal worden weggedacht.

Er wordt immers ‘onderzocht’ wat er, bij ontstentenis van die onrechtmatige daad, zou zijn gebeurd:

- bij wegdenken van de onrechtmatige daad zou de – in aanmerking genomen – schade zich niet hebben voorgedaan. In die hypothese, wordt tot het bestaan van een *conditio sine qua non*-verband besloten;
- bij wegdenken van de onrechtmatige daad zou de in aanmerking genomen schade zich toch nog hebben voorgedaan. Het bestaan van een *conditio sine qua non*-verband wordt alsdan ontkend;
- bij wegdenken van de onrechtmatige daad, zou zich een andere schade, dan wel slechts een deel van de in aanmerking genomen schade hebben voorgedaan. Alsdan kan slechts tot een *conditio sine qua non*-verband

met de schade worden besloten, die achterwege zou zijn gebleven.

Het is evenwel welbekend dat ook die beoordelingen werkelijkheidsvreemd zijn en o.m. in de ogen van een natuurkundige geen genade zullen vinden.

Sinds Newton en Einstein is nl. geweten dat wanneer in een ketting van elkaar opeenvolgende of treffende gebeurtenissen, omstandigheden of toestanden⁸² één element wegvalt, alle andere elementen daardoor worden beïnvloed en zich niets meer voordoet zoals in de voorgaande ketting van gebeurtenissen, omstandigheden of toestanden het geval was.

De juristen houden voet bij stuk, ongetwijfeld omdat de relativiteitstheorie het juridische debat zou belasten en vertragen, zonder garantie op een – zekere (?) – uitkomst⁸³.

Volgens het Hof van Cassatie mag de feitenrechter in het kader van de *conditio sine qua non*-beoordeling slechts de onrechtmatige daad wegdenken en door een rechtmatige daad vervangen, alle andere feitelijke omstandigheden onveranderd latend⁸⁴.

Het leerstuk van het rechtmatig alternatief⁸⁵ klinkt mogelijks geleerd, maar verhuult slechts dat die – vrij simplistische – benadering van causaliteit nog steeds wensen voor werkelijkheid neemt.

De omstandigheid dat daaraan evenmin aanstoot wordt genomen, is een bijkomende aanduiding dat het aansprakelijkheidsrecht niet werd ontworpen om de werkelijke causale impact van de onrechtmatige daad te bepalen, maar wel om zo snel en efficiënt mogelijk aan geschillen een einde te kunnen maken.

25. Het – intieme – verband tussen het schade- en het causaliteitsbegrip springt aldus in het oog.

Het *conditio sine qua non*-verband ligt immers reeds vervat in de bepaling van de actuele en de hypothetische toestand van het slachtoffer, na de onrechtmatige daad.

^{78.} Waarvan nochtans, in het algemeen, wordt uitgegaan: H. BOCKEN en I. BOONE, *Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsmechanismen*, Brugge, die Keure, 2010, 173; D. DE CALLATAY en N. ESTIENNE, *o.c.*, 57; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 665-666.

^{79.} Door een vonnis of een arrest, dat kan worden afgedwongen, maar niet noodzakelijk de integrale schadevergoeding garandeert, vermits die van de (al dan niet gemanipuleerde) solvabiliteit van de aansprakelijke afhankelijk blijft.

^{80.} De – toekomstige – toestand van het slachtoffer kan immers – om uiteenlopende redenen – evolueren en die evolutie kan zich ook op maatschappelijk niveau voordoen waardoor ook de zgn. hypothetische toestand zou veranderen. Periodieke bijstelling is derhalve geen luxe, maar een noodzaak zowel om de schade in *concreto* te kunnen opvolgen, als om de beschikbare financiële middelen zo efficiënt mogelijk aan te wenden.

^{81.} Het causaal verband moet m.b.t. iedere schadesoort afzonderlijk worden vastgesteld, van de eerste tot de laatste euro, die in de begroting ervan voorkomt.

^{82.} De onrechtmatige daad, de schade en de schadelast zijn steeds gebeurtenissen, omstandigheden en toestanden die zich in en samen met een ketting van andere, voorafgaande en volgende gebeurtenissen, omstandigheden en toestanden voordoen.

^{83.} Het is weinig waarschijnlijk dat de impact van het wegvallen van de onrechtmatige daad op de ketting van de overige gebeurtenissen, omstandigheden en toestanden naderhand nog volledig en waarheidsgetrouw kan worden gereconstrueerd. De uitkomst wordt immers bepaald door de kennis van alle onderdelen van de ketting en van hun onderling verband. Die volledigheid kan zelden of nooit worden gegarandeerd en/of gecontroleerd.

^{84.} O.m. Cass. 8 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 363, *Pas.* 1996, I, 943; Cass. 21 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 174, *Pas.* 2000, 170; Cass. 19 december 2007, *Arr.Cass.* 2007, 2512, *Pas.* 2007, 2385; Cass. 28 mei 2008, *Arr.Cass.* 2008, 1368, *Pas.* 2008, 1335.

^{85.} H. BOCKEN en I. BOONE, *o.c.*, 68-70; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *o.c.*, 329-332; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 778-779.

Hoe onwezenlijk en onwaarschijnlijk ook, de schadevaststelling en begroting vergen⁸⁶ in rechte, vooreerst, de bepaling van de toestand⁸⁷ van het slachtoffer gedurende zijn volledige levenswandel, die zich zou hebben voorgedaan indien de onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven.

Die bepaling rust aldus op een, aangenomen, *conditio sine qua non*-verband tussen het uitblijven van de onrechtmatige daad, enerzijds, en de betere⁸⁸ toestand waarin het slachtoffer zich bij ontstentenis van die onrechtmatige daad zou hebben bevonden, anderzijds.

Van die betere toestand moet immers zijn aan te nemen dat hij ten gevolge van het zich voordoen van de onrechtmatige daad verloren ging, wat een *conditio sine qua non*-verband impliceert.

Bij de bepaling van die hypothetische toestand, met bijhorende *conditio sine qua non*-beoordelingen, wordt rekening gehouden met alle – ingeroepen en bewezen geachte – wijzigingen die de levenswandel van het slachtoffer, bij ontstentenis van de onrechtmatige daad zouden hebben beïnvloed. Aldus is te denken aan (bekende) ziektebeelden van het slachtoffer, aan economische cycli, aan (bekende) familiale omstandigheden, aan handelsgebruiken, aan financiële, dan wel economische zgn. wetmatigheden ... alsmede aan hun onderling verband.

Bij de bepaling van de hypothetische toestand wordt m.a.w. niet louter de onrechtmatige daad weggedacht, maar wordt onderzocht – op basis van de beschikbare gegevens en de persoonlijke inzichten en inschattingen van de feitenrechter – hoe de levenswandel van het slachtoffer zich zou hebben voorgedaan en tot welke – becijferbare – resultaten zulks zou hebben geleid.

26. De causaliteitsbeoordeling die in de vaststelling van de hypothetische toestand besloten ligt, inhoudend welke (betere) toestand het slachtoffer zonder de onrechtmatige daad te beurt ware gevallen en die ten gevolge van die onrechtmatige daad in de mist opging, bepaalt m.a.w. de schadebepaling en -begroting.

Immers de (betere) hypothetische toestand is het uitgangspunt van de schadebepaling, vermits de actuele toestand van het slachtoffer er vervolgens mee wordt vergeleken om tot het bestaan van een (vergoedbaar) negatief verschil, d.i. een schade (in rechte) te kunnen besluiten.

De schade is nl. de maat van schadevergoeding die, uitgaande van de actuele toestand van het slachtoffer, wordt geacht, bij toekenning, laatstgenoemde opnieuw in de hypothetische toestand te plaatsen althans in rechte⁸⁹.

^{86.} Zie *supra*, nrs. 21-22.

^{87.} M.b.t. elk, door de onrechtmatige daad aangetast belang.

^{88.} Bij ontstentenis van hypothetisch betere toestand kan het nl. niet tot een negatief verschil met de actuele toestand komen.

^{89.} Zie *supra*, nr. 18.

De bepaling van de actuele toestand van het slachtoffer verandert m.a.w. niets aan de doorwerking op het schadebegrip van de in de vaststelling van de hypothetische toestand vervat liggende causaliteitsbeoordeling.

Integendeel, dringt de vaststelling zich op dat ook de bepaling van de actuele toestand van het slachtoffer, d.i. de toestand waarin hij/zij zich na de onrechtmatige daad bevindt en blijft bevinden, op een *conditio sine qua non*-beoordeling is gesteund.

De actuele toestand, waarop bij de schadevaststelling en -begroting wordt voorgegaan, die in aanmerking wordt genomen, moet nl. het gevolg zijn van de in aanmerking genomen onrechtmatige daad.

Indien niet de onrechtmatige daad, maar andere omstandigheden die actuele toestand hebben bepaald, zal het aansprakelijkheidsverhaal reeds daar eindigen.

Het heeft immers geen zin om nog naar een negatief verschil te speuren, wanneer de actuele toestand van het slachtoffer niet aan de in aanmerking genomen onrechtmatige daad is toe te rekenen, m.a.w. wanneer er tussen die toestand en die onrechtmatige daad geen *conditio sine qua non*-verband bestaat.

Het is juist dat de actuele toestand wordt omschreven als de toestand waarin het slachtoffer zich na de onrechtmatige daad bevindt, zonder daarbij het *conditio sine qua non*-verband ter sprake te brengen, maar impliciet is die causaliteitsbeoordeling begrepen in de vereiste dat het moet gaan over de toestand die zich na de onrechtmatige daad voordoet, wat noodzakelijk op een verband tussen beide wijst.

27. Vermits de vaststelling zowel van de hypothetische, als van de actuele toestand van het slachtoffer door causaliteitsbeoordelingen wordt bepaald, rijst de vraag naar de zin van een autonome causaliteitsbeoordeling, eenmaal het bestaan van een vergoedbare schade werd vastgesteld.

Hoe kan het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade nog voor discussie vatbaar worden geacht, wanneer de vergoedbare schade, zijnde het negatief verschil tussen de hypothetische en de actuele toestand van het slachtoffer, reeds eerder op grond van doorslaggevende causaliteitsbeoordelingen werd omschreven?

Is het niet ronduit tegenstrijdig om de actuele en de hypothetische toestand van het slachtoffer op grond van causaliteitsbeoordelingen te bepalen en uit het daartussen vastgestelde negatief verschil tot een (vergoedbare) schade te besluiten, maar vervolgens het causaal verband in opspraak te brengen wanneer het erop aankomt het verband tussen de onrechtmatige daad en de eerdere vastgestelde schade te bepalen?

Wijst de vaststelling van de ontstentenis van een *conditio sine qua non*-verband er aldus niet op dat er iets schort aan de eerdere ‘vaststelling’ van het bestaan van een (vergoedbare) schade, nl. dat de t.g.v. de onrechtmatige daad ontstane actuele toestand en de daardoor gemiste hypothetische toestand op grond van een feitelijk, onjuiste causaliteitsbeoordeling in kaart werden gebracht?

Het zich opdringende bevestigend antwoord op die vragen leidt naar het besluit dat het causaal verband in het aansprakelijkheidsrecht een overbodig begrip is, wanneer de schadevaststelling – zoals het hoort – op correcte causaliteitsbeoordelingen is gesteund.

Daaruit volgt dat de onrechtmatige daad en de *in concreto* vastgestelde, vergoedbare schade volstaan om een beroep op de aansprakelijkheidsregels te doen, onder voorbehoud van de rechtsregels die op meervoudige onrechtmatige daden betrekking hebben, waardoor één en dezelfde schade werd berokkend⁹⁰.

28. Tweede besluit.

Mogelijks is het didactisch te verantwoorden om het *conditio sine qua non*-verband tussen de vastgestelde onrechtmatige daad en de vastgestelde schade als een aansprakelijkheidsvoorwaarde te benaderen.

Evenwel wordt beter onderkend dat die causaliteitsbeoordeling zich voordoet als een onmiskenbaar onderdeel van de vaststelling van zowel de hypothetische, als de actuele toestand van het slachtoffer en derhalve in de vastgestelde (vergoedbare) schade besloten ligt.

Daarmee komt het volle gewicht van het aansprakelijkheidsdebat op de – vastgestelde – onrechtmatige daad en op de vergoeden schade te liggen.

De – onvermijdelijke – onzekerheden die zowel de (toekomstige) actuele toestand, als de hypothetische toestand van het slachtoffer kenmerken, brengen het uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht in het gedrang.

De zgn. integrale vergoeding van de schade wordt daardoor immers ontmaskerd als een tot mislukking gedoemde opdracht, vermits daartoe zowel die toekomstige actuele toestand, als de hypothetische toestand met (absolute) zekerheid vaststelbaar zouden moeten zijn.

In werkelijkheid is slechts met (absolute) zekerheid vaststelbaar dat die toestanden niet met zekerheid zijn vast te stellen.

Vanuit dat oogpunt, is de zgn. integrale schadevergoeding weinig meer dan een zoethouder om de slachtoffers (en hun naasten) geduld te vragen om het aansprakelijkheidsmechanisme zijn (moeizame) taak te laten opknappen.

Het in werkelijkheid achterwege blijven van de integrale vergoeding doet het aansprakelijkheidsrecht geen goed: het daverd daardoor op zijn grondvesten. Die vaststelling dringt immers de vraag op of er geen betere en efficiëntere afrekeningsmechanismen zijn uit te werken, die – mogelijks – evenmin integrale schadevergoeding kunnen garanderen, maar die beter dan thans met het aansprakelijkheidsrecht het geval is, gebeurlijke over-, dan wel onderschatting van de door het slachtoffer te ondergane schadelast weten te vermijden.

Om de werkelijke actuele toestand van het slachtoffer op te volgen, kan aan een – nader – uit te werken herzieningsprocedure worden gedacht, om aldus rekening te kunnen houden met alle kosten die t.g.v. de onrechtmatige daad moeten worden gemaakt om de schade op te vangen en in de mate van het mogelijke te beperken. Om de hypothetische toestand uit het gevaarlijke rijk van de willekeur te halen, kan in de plaats van de toets daaraan, worden gedacht aan inkomens die het slachtoffer toelaten om van het welvaartsniveau te genieten zoals de burger op de mediaan zulks kan doen of, wanneer zijn welvaartspeil op het moment van de onrechtmatige daad reeds door een professionele activiteit wordt bepaald, aan het gemiddelde inkomen dat die beroeps categorie verder blijft genieten.

De – herziene – actuele toestand zou aldus aan die – even herziene – gemiddelde inkomenstromen, die eveneens zijn te herzien, worden getoetst en aldus daadwerkelijk garanderen dat het slachtoffer – tot zijn levenseinde – minstens toegang tot het gemiddelde welvaartspeil van de samenleving of van de beroepsgroep heeft.

Een aansprakelijkheidsrecht dat slechts een theoretisch recht op schadeherstel geeft, is bovendien een pleister op een houten been. Wanneer de aansprakelijke de schadevergoeding niet aan het slachtoffer laat toekomen⁹¹, moet de samenleving dan niet zijn taak overnemen en zich, vervolgens, tegen hem keren, in plaats van dit aan het slachtoffer over te laten?

Dit alles vergt nog aanzienlijke uitwerking, maar bevrijd van het misleidende keurslijf van de zgn. integrale schadevergoeding, moet het mogelijk zijn het aansprakelijkheidsrecht, in wisselwerking met verplichte verzekeringen, dan wel met socialezekerheidsmechanismen een nieuwe start te laten nemen.

⁹⁰. Het betreft de situaties die hetzij tot een aansprakelijkheid *in solidum* leiden (uitzonderlijk ook een hoofdelijke aansprakelijkheid), hetzij tot een verdeling van aansprakelijkheid wanneer tegelijk tot een aansprakelijkheid van het slachtoffer is te besluiten.

⁹¹. Zie H. BOCKEN en I. BOONE, *o.c.*, 13-17; zie ook Th. VAN SWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 22-27.