

Zuivere economische schade: hoe de pleinvrees overwinnen ...

Ilse Samoy¹

Inleiding	1039
I. Nood aan a priori-beperkingen	1041
<i>A priori-beperking van aanspraken op het niveau van de fout: het relativiteitsvereiste</i>	1041
<i>A priori-beperking van aanspraken op het niveau van het oorzakelijk verband: de leer van de redelijke toerekening</i>	1042
<i>Matigingsrecht van de rechter en limitering door de wetgever</i>	1044
<i>Schadebeperkingsplicht</i>	1045
II. Nood aan structuur en ondersteuning bij de schadebegroting	1046
<i>Wettelijke forfaits</i>	1046
<i>Wettelijke begrotingsregel inzake winstafdracht</i>	1046
<i>Uitbreiding van de Indicatieve Tabel met een luik zuivere economische schade</i>	1047
III. Ruimte voor solidariteit?	1048
Besluit	1048

SAMENVATTING

Deze respons op de bijdrage van collega Britt Weyts vertrekt vanuit de vaststelling dat het klassiek Belgisch aansprakelijkheidsrecht niet klaar is voor het leerstuk van zuivere economische schade. Perfecte integratie is nog niet aan de orde. Op het vlak van het 'gelijk hebben', zijn er (te) weinig a priori-beperkingen die een slachtoffer van zuiver economische schade een recht op schadeloosstelling ontnemen. Op het vlak van het 'gelijk halen', daarentegen, levert het (procedureel) Belgisch aansprakelijkheidsrecht grote hindernissen op die slachtoffers twee keer doen nadenken vooraleer ze ook effectief in rechte schadevergoeding vorderen. Deze respons vormt dan ook een oproep om het Belgisch aansprakelijkheidsrecht te moderniseren, om een hiërarchie te aanvaarden tussen personen-, zaak- en zuivere economische schade en instrumenten te erkennen die een genuanceerde beoordeling toelaten van de fout, de schade en het oorzakelijk verband in functie van de aard van de geleden schade. De inspiratiebron vormt het Nederlands recht.

RÉSUMÉ

Cette réponse à la contribution de ma collègue Britt Weyts part du constat que le droit belge classique en matière de responsabilité n'est pas prêt pour la doctrine du dommage purement économique. Une intégration parfaite n'est pas encore envisageable. S'il s'agit d'« avoir raison », il y a (trop) peu de restrictions a priori privant une victime d'un dommage purement économique du droit à une indemnisation. S'agissant d'« obtenir gain de cause », par contre, le droit (de la procédure) belge en matière de responsabilité fournit des obstacles majeurs qui amènent les victimes à réfléchir à deux fois avant de réclamer effectivement des dommages-intérêts en justice. Cette réponse constitue dès lors un appel à une modernisation du droit belge en matière de responsabilité, afin d'accepter une hiérarchie entre un dommage personnel, matériel et purement économique et de reconnaître des instruments permettant une appréciation nuancée de la faute, du dommage et du lien causal en fonction de la nature du dommage subi. Elle s'inspire du droit néerlandais.

INLEIDING

1. Deze bijdrage vormt een respons op de bijdrage van collega Britt Weyts over economische schade. We bevinden ons op een terrein waar de specifieke rechtsleer en rechtspraak uiterst schaars is en dat nog grotendeels braak ligt. De uitdaging is dan ook groot. De hoofdbijdrage is erin geslaagd om, enerzijds, die schaarse specifieke rechtsleer en rechtspraak op te sporen en, anderzijds, de actueel geldende algemene regels

met betrekking tot de toepassing van artikelen 1382 BW *et seq.* systematisch toe te passen op economische schade.

Een ding is duidelijk: het klassiek Belgisch aansprakelijkheidsrecht is niet klaar voor het leerstuk van zuivere economische schade. Perfecte integratie is nog niet aan de orde. Op het vlak van het 'gelijk hebben', levert het (materieel)

¹ Hoofddocent, Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven, UHasselt.

Belgisch aansprakelijkheidsrecht geen grote problemen op en misschien zelfs te weinig problemen. In theorie is het aantal denkbare vorderingen tot het bekomen van zuivere economische schade schier eindeloos. Er zijn weinig tot geen *a priori*-beperkingen die een slachtoffer van zuiver economische schade een recht op schadeloosstelling ontnemen. Op het vlak van het ‘gelijk halen’, daarentegen, levert het (procedureel) Belgisch aansprakelijkheidsrecht grote hindernissen op die slachtoffers twee keer doen nadenken vooraleer ze ook effectief in rechte schadevergoeding vorderen. Ongetwijfeld verklaart dit de pleinvrees die er alsnog is².

Zeer illustratief is een zaak die aanleiding gaf tot een arrest van het hof van beroep van Brussel van 5 april 2011³. Een groot landbouwbedrijf met een veehouwing van mestkalveren (de maatschappelijke zetel ligt toepasselijk in de Kalverstraat) dient op 10 april 1992 een milieuvergunningaanvraag in voor het verder exploiteren en veranderen van haar bedrijfsinrichting. De vergunning wordt geweigerd door de bestendige deputatie op 8 oktober 1992. Tegen de weigering wordt hoger beroep ingesteld. De Vlaamse minister van Leefmilieu en Huisvesting verklaart het hoger beroep ongegrond en bevestigt de beslissing van de bestendige deputatie. Die beslissing wordt vernietigd door de Raad van State bij arrest van 7 juli 1994. Er volgt een nieuwe beslissing waarbij een beperkte milieuvergunning wordt afgeleverd. Bij beschikking in kort geding van 6 april 1995 wordt een gerechtskundige aangesteld met als opdracht de bedrijfschade te begroten die het landbouwbedrijf heeft geleden. De gerechtsdeskundige stelt op 14 april 1997 zijn eindverslag op. Bij arrest van 5 april 2011 heeft het hof van beroep van Brussel het Vlaamse Gewest veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 244.006,55 EUR aan het landbouwbedrijf. Deze schadevergoeding heeft in hoofdzaak betrekking op winstderving. Andere schadeposten (vergoedingen betaald aan afnemers wegens een breuk in de toelevering van slachtrijpe dieren, meerprijs betaald aan leveranciers van jonge kalveren en leveranciers van voeding wegens het wegvallen van het voordeel van volumekortingen) worden niet bewezen geacht. De waardevermindering en slijtage van installaties wegens leegstand wordt forfaitair geraamd. Voor de investering gedaan om de bedrijfsgebouwen aan te passen aan nieuwe normen bij KB uitgevaardigd, wordt niet bewezen geacht dat deze verband houdt met de leegstand. Deze investering had sowieso moeten gebeuren, ook buiten de fout van het Vlaamse Gewest om.

Wat stellen we vast? Het slachtoffer heeft zonder enige *a priori*-beperking recht op vergoeding van zijn zuivere economische schade. De weg naar een vergoeding van zuivere eco-

nomische schade is vrij toegankelijk voor ieder slachtoffer, zonder toegangspoort. Maar gelijk halen is minder evident. Tussen de fout en de toekenning van de schadevergoeding ligt bijna 20 jaar procederen. Er is een gerechtsdeskundige aan te pas moeten komen om de schade te begroten (kostprijs: 6.559 EUR, weliswaar finaal ten laste van de schadeverwekker). De advocatenkosten zijn gigantisch en overstijgen ruimschoots de toegekende rechtsplegingsvergoeding van 16.500 EUR. De helft van de gevorderde schadeposten wordt niet bewezen geacht. Eén schadepost wordt forfaitair begroot. Kortom, de afgelegde weg is lang, duur en onvoorspelbaar.

Zuivere economische schade daagt ons klassiek aansprakelijkheidsrecht dan ook uit om te moderniseren op zowel materieel als procedureel vlak. In deze respons ga ik daarom voor *science fiction*. Hoe moet het toekomstbeeld van het aansprakelijkheidsrecht eruit zien, wil het de zuivere economische schade perfect kunnen integreren? Ter ondersteuning van mijn wetenschapsfictie, haal ik inspiratie bij onze – althans op het vlak van het aansprakelijkheidsrecht – moderne noorderburen.

2. Tot slot maak ik in deze inleiding nog een conceptuele bedenking. De bijdrage van WEYTS toont aan dat de toegekende vlag van economische schade de lading onvoldoende precies dekt. Economische schade *as such* is geen *issue* voor het recht. De lading betreft veeleer de *zuivere* economische schade. Ik sluit mij aan bij het voorstel om binnen de soorten schade naast personenschade en zaakschade een derde categorie te erkennen. Heel precies zou die derde categorie de noemer *zuivere* economische schade moeten krijgen. Ook in het Nederlands recht is zo’n derde categorie al lang ingeburgerd onder de noemer zuivere vermogensschade. Overeenkomstig artikel 6:95 NBW bestaat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, in vermogensschade en ander nadeel. Binnen het begrip vermogensschade wordt in de rechtsleer een onderscheid gemaakt tussen personenschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. Personenschade is de schade die het gevolg is van de aantasting van de menselijke persoon (letsel- en overlijdensschade). Zaakschade is de schade die het gevolg is van de beschadiging of vernietiging of het verloren gaan van een zaak. Zuivere vermogensschade is de vermogensschade die niet zaakschade of personenschade is, bijvoorbeeld schade door oneerlijke mededinging, schade als gevolg van een onjuist juridisch- of beleggingsadvies, schade ten gevolge van een fout van een notaris⁴. SPIER haalt in zijn handboek het volgende voorbeeld aan. Een notaris verzuimt te wijzen op het vereiste van toestemming van de echtgenoot bij het aangaan van een overeenkomst van borgtocht. De

² De term pleinvrees is ontleend aan: R. PALMANS, I. COOREMAN en J. GHYSLS (eds.), *Bedrijfschade bij onteigeningen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 130, nr. 6 waar aangegeven wordt dat overheden (in het kader van een onteigening) heel terughoudend zijn ten aanzien van zogenaamde economische schade maar dat die pleinvrees onterecht is.

³ Brussel 5 april 2011, <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=nl>.

⁴ A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 21, nr. 27; J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 238-239, nr. 204; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 152, nr. 44.

betrokken echtgenoot doet vervolgens een beroep op de vernietigbaarheid van de borgtocht met als gevolg dat de borg niet kan worden aangesproken. De schuldeiser lijdt hierdoor schade. De notaris wordt met succes tot vergoeding van die zuivere vermogensschade aangesproken⁵. VERHEIJ verwijst

naar misleidende reclame waardoor mensen aandelen kopen in een bedrijf dat er veel slechter voor staat dan uit de mededeling bleek. Als vervolgens het bedrijf failliet gaat en de aandelen waardeloos zijn geworden, is de schade die de aandeelhouders hebben geleden zuivere vermogensschade.

I. NOOD AAN *A PRIORI*-BEPERKINGEN

3. In de bijdrage van WEYTS wordt terecht benadrukt dat het Belgisch aansprakelijkheidsrecht geen *a priori*-beperkingen kent. Ook BOONE en WYLLEMAN komen tot die conclusie in hun bijdrage over vergoeding van afgeleide schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Een opvallend kenmerk van het Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, aldus deze auteurs, is de afwezigheid van juridische instrumenten die erop gericht zijn de mogelijke aanspraken te beperken. Volgens de traditionele benadering leent geen van de drie hoekstenen van ons aansprakelijkheidsrecht (fout, schade, oorzakelijk verband) zich tot inperking van de kring van aanspraakgerechtigden. Dat betekent dat ook op het terrein van de zuivere economische schade de weg helemaal open ligt. Het enige vereiste dat toelaat op de rem te staan, zoals WEYTS aangeeft in haar bijdrage, is het vereiste van zekere schade en het vereiste van een zeker oorzakelijk verband (wat er vaak toe leidt dat slechts het verlies van een kans wordt vergoed). Ook BOONE en WYLLEMAN stellen vast dat de zekerheid van het bestaan van de schade in de praktijk uitgegroeid is tot een van de belangrijkste instrumenten om (te ver verwijderde) aanspraken van slachtoffers (in hun geval bij weerkaatsing) te ontmoedigen. De beoordelingsvrijheid van de rechter betreffende de zekerheid van de aangevoerde schade wordt soms aangewend om schade die ver verwijderd is van de onrechtmatige daad of die voortvloeit uit de aantasting van belangen die, hoewel rechtmatig, naar het oordeel van de rechter geen bescherming verdienen, te weren uit het toepassingsveld van artikel 1382 BW. Maar dat leidt tot ontransparante en onvoorspelbare rechtspraak. Het zou dan ook beter zijn om wél *a priori*-beperkingen in te stellen⁶.

Dat is volledig terecht. Als we ten volle de kaart van de zuivere economische schade willen trekken, dan zijn die beperkingen nodig. We hebben dan bijkomende instrumenten nodig in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht die een te zware aansprakelijkheidslast kunnen voorkomen, instrumenten die nu nog onbestaande of onderbenut zijn. Met het oog op een grotere transparantie en voorspelbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht zou het beter zijn uitdrukkelijk te erkennen dat ons aansprakelijkheidsrecht er niet noodzake-

lijk toe strekt elk (rechtmatig) belang bescherming te bieden en dat uitzonderingen mogelijk zijn.

4. Welke bijkomende instrumenten zijn er nodig? Om die vraag te beantwoorden, is het zeer revelerend om een blik te werpen op het Nederlands recht. Zoals hoger al aangegeven, onderscheidt het Nederlands recht personenschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. Het is interessant te zien dat dit onderscheid op basis van de aard van de schade een rol speelt bij de toepassing van artikel 6:98 NBW (oorzakelijk verband en leer van de redelijke toerekening) en artikel 6:108 NBW (matigingsrecht van de rechter met betrekking tot de schadevergoeding)⁷. De aard van de schade speelt met andere woorden een rol bij de toepassing van twee instrumenten die in ons recht nog afwezig zijn. Het uitgangspunt is duidelijk: personenschade wordt als de meest ernstige vorm van schade gezien en heeft daarom qua vergoeding prioriteit. Zuivere vermogensschade komt onderaan de ladder en heeft de laagste prioriteit⁸. Hierna zal ik die twee instrumenten van dichterbij bekijken en trachten aan te tonen dat zij toelaten belangrijke nuances aan te brengen op het terrein van vergoeding van zuivere economische schade. Een derde instrument dat het Belgisch recht wél erkent maar dat nog onderbenut wordt en dat invloed heeft op het leerstuk van de zuivere economische schade, is de schadebeperkingsplicht. Maar we beginnen met het relativiteitsvereiste dat *a priori*-beperkingen instelt op het niveau van de fout.

A priori-beperking van aanspraken op het niveau van de fout: het relativiteitsvereiste

5. Zoals WEYTS terecht opmerkt, kan de (in het Belgisch recht afwezige) leer van de relatieve onrechtmatigheid aansprakelijkheidsvorderingen voor zuivere economische schade beperken. Volgens deze leer levert een overtreding van een gedragsnorm niet zonder meer een onrechtmatige daad op. Er moet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste: het gedrag moet *jegens* het slachtoffer onrechtmatig zijn. Daarvan is slechts sprake als de overtreden gedragsnorm de strekking heeft onder meer de belangen van het slachtoffer te beschermen⁹. Dat deze

⁵ HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 594.

⁶ I. BOONE en B. WYLLEMAN, "Vergoeding van afgeleide schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 260, nrs. 4, 12, 14 en 120.

⁷ A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte* in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 21, nr. 27.

⁸ A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 152, nr. 44.

⁹ A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 34.

redenering invloed heeft op het terrein van zuivere economische schade, blijkt meteen uit het Nederlandse mijlpaalarrest ter zake¹⁰. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat een aandeelhouder geen aansprakelijkheidsvordering heeft tegen derden die vermogensschade toebrengen aan de kapitaalvennootschap waarin de aandeelhouder aandelen bezat. De overtreden gedragsnorm heeft immers niet de strekking de belangen van de aandeelhouders te beschermen.

De toepassing van deze leer geeft aanleiding tot een zeer genuanceerde rechtspraak. De vraag is finaal of de schadeverwekker bedacht was of had moeten zijn op de belangen van het slachtoffer. Men wil vooral vermijden dat iemand aansprakelijk kan worden gesteld ten opzichte van een onbeperkte groep derden. De nuance komt goed tot uiting in het zogenaamde *tandartsen*-arrest. In een grote gemeente met 15 bevoegde tandartsen is een kwakzalver actief die, zonder aan de wettelijke vereisten te voldoen, de tandheelkunde beoefent. Hij schendt daarmee een specifieke strafrechtelijke bepaling. De bevoegde tandartsen lijden hierdoor schade (minder patiënten). De vraag rijst of de kwakzalver voor deze schade aansprakelijk kan worden gesteld? Levert de schending van een specifieke bepaling uit het strafrecht een onrechtmatigheid op jegens de bevoegde tandartsen? Het hof van beroep dat over de zaak moet gaan, is van oordeel van niet. De bepaling is immers niet gericht op de bescherming van de belangen van de bevoegde tandartsen, maar op die van het publiek dat schade kan lijden door behandeling door ondeskundige tandartsen. Voor de Hoge Raad wordt opgeworpen of er naast de overtreding van de specifieke wetsbepaling ook geen schending is van een ongeschreven beschermingsnorm jegens de tandartsen. De Hoge Raad volgt dit argument en uiteindelijk oordeelt het hof van beroep waarnaar de zaak verwezen wordt dat er inderdaad een beschermingsnorm aanwezig is en de vordering van de 15 tandartsen wordt gegrond verklaard¹¹.

A priori-bepanking van aanspraken op het niveau van het oorzakelijk verband: de leer van de redelijke toerekening

6. Het spreekt voor zich dat ook de wijze waarop het oorzakelijk verband beoordeeld wordt, zijn belang heeft voor zuivere economische schade. Het vereiste van een zeker oorzakelijk verband biedt een rem, maar WEYTS toont in haar bijdrage aan dat de Belgische causaliteitsleer verder weinig ruimte laat om een aansprakelijkheidsvordering voor zuivere economische schade af te wijzen. Het recht beschermt alle rechtmatige belangen en WEYTS vindt dat een goede zaak.

Zij vindt het geenszins voor de hand liggend om een ranking op te stellen van belangen die meer bescherming bieden dan anderen. Bovendien lijkt het bevoordelen 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 slachtoffers.

7. Nederland toont in mijn ogen met de leer van de redelijke toerekening aan dat het anders en beter kan. Via een meer gesofisticeerde en genuanceerde beoordeling van het oorzakelijk verband kan aan de rechter een instrument aangereikt worden om daar waar nodig de sluisen dicht te houden. Kortom, de leer van de redelijke toerekening komt tegemoet aan het *floodgate*-argument en zorgt ervoor dat de sluisen van aansprakelijkheid niet te ver open worden gezet. Hoe wordt het oorzakelijk verband beoordeeld naar Nederlands recht? Het aannemen van het oorzakelijk verband gebeurt daar in twee stappen. Eerst wordt, zoals in het Belgisch recht, aan de hand van de *conditio sine qua non*-test, nagegaan of de fout de noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de schade. Omdat die eerste stap tot een te ruime aansprakelijkheid kan leiden, volgt een tweede stap: de leer van de redelijke toerekening. Overeenkomstig artikel 6:98 NBW komt voor vergoeding slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

De tweede stap laat met andere woorden toe om de aansprakelijkheid op een redelijke wijze te beperken¹². Opvallend en relevant voor deze bijdrage, is dat precies de aard van de schade als één van de richtsnoeren wordt aangeduid. Kort gezegd: een oorzakelijk verband wordt eerder aangenomen bij personenschade dan bij zaakschade, eerder bij zaakschade dan bij zuivere vermogensschade¹³. In de rechtsleer en de rechtspraak zijn deelregels uitgewerkt om de leer van de redelijke toerekening nader in te vullen. We zien dat die deelregels er vaak rechtstreeks of onrechtstreeks toe leiden dat er minder snel tot een oorzakelijk verband wordt besloten in geval van zuivere economische schade:

- zo is er een deelregel die een onderscheid maakt op basis van het doel waarmee de beschermingsnorm in het leven is geroepen. Normen die strekken tot bescherming van leven en gezondheid (en die gepaard zullen gaan met personenschade) rechtvaardigen een ruime toerekening. Normen die strekken tot voorkoming van zuivere economische schade leiden in het algemeen tot een beperktere toerekening¹⁴;

¹⁰. HR 2 december 1994, *RvdW* 1994, 263.

¹¹. Zie de weergave bij: A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 35.

¹². A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 40-41, nr. 50.

¹³. J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 239, nr. 204.

¹⁴. A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 55-56, nr. 65.

- ten tweede maakt men een onderscheid op basis van de aard van de activiteit, waarbij de schade is toegebracht. Schade die bedrijfsmatig is toegebracht rechtvaardigt – gezien het bedrijfsoogmerk van winst – een ruimere toerekening dan schade die is veroorzaakt door een individuele beroepsuitoefenaar of een particulier¹⁵. Ik kan me inderdaad voorstellen dat we een particulier die een verkeersongeval veroorzaakt op de autosnelweg niet snel zullen willen veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan de werkgever wiens werknemer uren in de file heeft gestaan. Wanneer de file daarentegen veroorzaakt is door de fout van een aannemingsbedrijf dat bij werken naast de autosnelweg een gaslek veroorzaakt, kan ik me zo'n veroordeling wel inbeelden;
- ten derde zal de aard van de geleden schade ook rechtstreeks invloed hebben op de omvang van de toerekening. Personenschade wordt eerder toegerekend dan zaakschade en zaakschade eerder dan zuivere vermogensschade¹⁶. Dit laat dus toe om een zekere hiërarchie in te stellen tussen de soorten schade, waarbij de zuivere economische schade onderaan de ladder komt;
- een vierde relevante deelregel die in de rechtsleer naar voren wordt geschoven is de aanwezigheid van verzekeringen aan de zijde van de aansprakelijke persoon of het slachtoffer¹⁷;
- een vijfde deelregel die de vergoeding van zuivere economische schade beïnvloedt, betreft de voorzienbaarheid van de schade. Voor de beantwoording van de vraag of de schade aan de dader kan worden toegerekend, is van belang of de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg was van zijn daad. In enkele uitspraken wordt het criterium 'buiten de lijn der normale verwachtingen' gebruikt. Ook hier blijkt de aard van de schade een rol te spelen. In de praktijk zou de lagere rechtspraak bij zuivere economische schade sneller oordelen dat de schade niet voorzienbaar was en dus niet aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend¹⁸. De voorzienbaarheid meenemen op het niveau van het oorzakelijk verband laat dus toe om beperkingen in te bouwen¹⁹.

8. De toepassing van de leer van de redelijke toerekening en van die deelregels leidt tot een genuanceerde rechtspraak. Zuivere economische schade is niet per definitie (on)vergoedbaar en de ene keer wordt wél toegerekend aan de dader

en de andere keer niet. We halen een paar voorbeelden aan. Het eerste voorbeeld biedt een illustratie van de neiging om minder snel toe te rekenen bij zuivere economische schade. Een verzekeraar sluit via een tussenpersoon van de verzekerde een verzekeringsovereenkomst met betrekking tot 150 speelautomaten. De verzekerde draagt, nadat aan de speelautomaten schade is ontstaan, zijn schuldvordering uit de verzekeringsovereenkomst over aan een dubieuze onderneming. Deze onderneming spreekt de verzekeraar aan tot betaling van de vergoeding. De verzekeraar weigert dekking te verlenen maar wordt bij beschikking in kort geding veroordeeld om uit te betalen. Nadien wordt de verzekeringsovereenkomst nietig verklaard, omdat er belangrijke informatie is verzwegen door de tussenpersoon bij het sluiten van de overeenkomst. Ook de beschikking in kort geding wordt vernietigd. De verzekeraar vordert daarop de onverschuldigde betaling terug, maar de onderneming blijkt insolvent. Daarop spreekt de verzekeraar de tussenpersoon aan. Door het verzwijgen van informatie heeft de tussenpersoon een onrechtmatige daad begaan jegens de verzekeraar en is de tussenpersoon gehouden tot betaling van een schadevergoeding (d.i. het bedrag van de onverschuldigde betaling die de verzekeraar niet kan recupereren bij de insolvente onderneming). De vordering wordt door de beide feitenrechters afgewezen. De fout van de tussenpersoon wordt niet betwist, maar wel het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade. Er wordt niet betwist dat de fout een *conditio sine qua non* vormt voor de schade, maar de schade kan niet redelijk worden toegerekend aan de tussenpersoon. Daarbij wordt onder meer de aard van de geleden schade (met name zuivere vermogensschade) in de weegschaal gelegd. De Hoge Raad fluit deze redenering niet terug. De Hoge Raad overweegt dat het hof van beroep terecht betekenis heeft toegerekend aan onder meer de aard van de schade²⁰.

In de volgende voorbeelden leidt de redenering van de redelijke toerekening niet tot een beperking. Er is allereerst het arrest waarin de basis werd gelegd van de leer van de redelijke toerekening: het *waterwingebied*-arrest van 20 maart 1970²¹. Een vrachtwagen rijdt door een fout van de bestuurder tegen een boom. De lading huisbrandolie komt op de weg terecht, die gelegen is in een waterwingebied. Omdat de beheerder van het gebied vreest voor verontreiniging van de waterbronnen, verwijdert hij de olie door pompen en weg-scheppen. Hij wil de gemaakte kosten verhalen op de bestuurder. Voor de Hoge Raad wordt aangevoerd dat er

¹⁵. J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 262, nr. 218.

¹⁶. J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 262, nr. 218; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 71, nr. 20.

¹⁷. A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte* in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 57, nr. 67.

¹⁸. A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte* in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 59, nr. 69.

¹⁹. In het Belgisch aansprakelijkheidsrecht wordt het criterium van voorzienbaarheid meegenomen bij de beoordeling van de schending van de zorgvuldigheidsnorm. Het criterium krijgt bij deze beoordeling evenwel een andere invulling.

²⁰. HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 210, noot W.C.L. VAN DER GRINTEN.

²¹. HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251.

geen oorzakelijk verband is tussen de fout en de schade. De Hoge Raad overweegt evenwel dat de waterwinning niet een zo uitzonderlijke vorm van schade ten gevolge van zo'n ongeval is, noch in een zo verwijderd verband daarmee staat, dat die schade naar redelijkheid niet als veroorzaakt door het ongeval ten laste zou mogen worden gebracht van degene die krachtens de wet de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeval draagt. Hier leidt de redenering van de leer van de redelijke toerekening dus niet tot een beperking. Dat is evenmin het geval in het volgende voorbeeld. Een notaris laat na om een partij die voor hem verschijnt te informeren om hem tegen bepaalde risico's te beschermen. De schade die voortvloeit uit de verwezenlijking van dat risico (*in casu* insolventie van de wederpartij) kan in beginsel aan de notaris als een gevolg van de niet-nakoming van zijn informatieverplichting worden toegerekend²². Een laatste voorbeeld is interessant omdat het expliciet naar het *floodgate*-argument verwijst. Een machinist raakt tijdens graafwerkzaamheden door een fout een gastransportleiding. Hierdoor wordt de toevoer van gas naar een bedrijf gedurende 7 uur onderbroken waardoor de productie komt stil te liggen. De machinist verweert zich onder meer door zich te beroepen op het *floodgate*-argument: toekenning van schadevergoeding in gevallen als deze kan leiden tot een lawine van schadevergoedingsprocessen. Het hof van beroep volgt dit spookbeeld niet en overweegt *“dat het echter aannemelijker voorkomt aan een mogelijk grote uitgebreidheid van toegebrachte schade ook een mogelijk grote uitgebreidheid van vergoedingsplichten te verbinden dan aan eerstgenoemde uitgebreidheid een motief te ontleen voor het opheffen van dier vergoedingsplichten”*. De cassatievoorziening wordt verworpen. De Hoge Raad overweegt *“dat dit niet anders wordt door de enkele omstandigheid dat aldus voor hen die voor de gemaakte fout aansprakelijk zijn, een grote uitgebreidheid van vergoedingsplichten zou kunnen ontstaan”*²³.

Matigingsrecht van de rechter en limitering door de wetgever

9. Een derde instrument dat vooralsnog ontbreekt in het Belgisch recht en dat nochtans toelaat om de vergoedbaarheid van zuivere economische schade binnen redelijke perken te houden, is het matigingsrecht neergelegd in artikel 6:109 NBW. Ook daar speelt de aard van de schade een rol. Matiging zal eerder intreden bij zuivere vermogensschade, dan bij zaakschade of personenschade²⁴.

Wat houdt dit matigingsrecht in? Ook in het Nederlands recht is het uitgangspunt dat de door het slachtoffer geleden

schade integraal moet worden vergoed. De rechter mag de schadevergoedingsverplichting echter matigen indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden²⁵. Dit principe is neergelegd in artikel 6:109 NBW: indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen. De matiging mag niet geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken. Ieder beding in strijd met het eerste lid is nietig.

Deze matigingsbevoegdheid speelt onder meer in op de kenmerken van een moderne maatschappij. De sterk toegenomen intensiteit van het verkeer, de ingewikkelder geworden samenleving en de grotere verbreiding van technisch gecompliceerde en potentieel gevaarlijke zaken maakt de kans steeds groter dat iemand door een kleine onvoorzichtigheid of nalatigheid aan anderen grote schade berokkent. Het is niet steeds redelijk deze schade in volle omvang voor rekening van de veroorzaker te brengen.

De algemene matigingsbevoegdheid in het Nederlands recht wordt beschouwd als een toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ten opzichte van het principe van integrale schadeloosstelling.

De opsomming van relevante omstandigheden in artikel 6:109 NBW is exemplatief. Wederom verschijnt de aard van de schade als relevante omstandigheid. Naarmate het gekrenkte rechtsgoed van het slachtoffer een hogere waarde heeft, is matiging minder op haar plaats. Dit leidt er toe dat personenschade eerder voor volledige vergoeding in aanmerking komt dan zaakschade of zuivere economische schade²⁶.

10. Een instrument in handen van de wetgever ter voorkoming van een al te zware aansprakelijkheidslast, is de mogelijkheid om bij wet plafonds in te stellen. Het houdt in dat de omvang van de verplichting tot schadevergoeding wordt beperkt tot maximaal een in of krachtens de wet bepaalde bovengrens. Op bepaalde terreinen is limitering heel normaal, bijvoorbeeld in het vervoersrecht. In feite komt een wettelijke limitering neer op een vorm van collectieve matiging, daar waar het matigingsrecht van de rechter een oplossing biedt voor concrete, individuele gevallen. Limitering is vooral van belang wanneer kleine fouten tot enorme schade

²² HR 25 september 1992, NJ 1992, 751.

²³ HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84, noot GJS.

²⁴ J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 239, nr. 204.

²⁵ A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 163, nr. 176.

²⁶ A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 170, nr. 184.

aanleiding geven. Ook biedt het een oplossing voor schadegevallen die onverzekerbaar zijn geworden. Het instellen van een wettelijke limitering verhindert dat onverzekerbaarheid ertoe leidt dat maatschappelijk gewenste activiteiten niet meer plaatsvinden.

Het Belgisch recht kent reeds wettelijke limiteringen. Een mooi voorbeeld zijn de plafonds ingesteld voor de objectieve aansprakelijkheid voor brand en ontploffing in inrichtingen toegankelijk voor het publiek. In het Nederlands recht is de mogelijkheid van limitering wettelijk verankerd in de bepaling die volgt op het matigingsrecht van de rechter. Artikel 6:110 NBW luidt als volgt: *“opdat de aansprakelijkheid die ter zake van schade kan ontstaan niet hetgeen redelijkerwijs door verzekering kan worden gedekt, te boven gaat, kunnen bij algemene maatregel van bestuur bedragen worden vastgesteld, waarboven de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt. Afzonderlijke bedragen kunnen worden bepaald naar gelang van onder meer de aard van de gebeurtenis, de aard van de schade en de grond van de aansprakelijkheid”*. Opnieuw zien we dat daarbij de aard van de schade één van de parameters is. Voor zuivere economische schade is het evidentere plafonds in te stellen, dan voor personenschade of zaakschade.

Schadebeperkingsplicht

11. Een laatste instrument dat een belangrijke rol kan spelen op het vlak van zuivere economische schade is de schadebeperkingsplicht. In tegenstelling tot het relativiteitsvereiste, de redelijke toerekening en het matigingsrecht is dit instrument reeds erkend in het Belgisch recht, maar het kan nog beter worden onderbouwd en benut. De schadebeperkingsplicht houdt in dat het slachtoffer verplicht is redelijke maatregelen te treffen om de schade te beperken. Kosten die hij met dit doel maakt, zijn vergoedbaar. Schade ontstaan door het niet nemen van redelijke maatregelen is niet vergoedbaar. Waarom speelt dit een belangrijke rol? Bij zuivere economische schade (denk in het bijzonder aan gederfde winst), zullen veel factoren invloed hebben op de omvang van de schade. De invloed van het schadeverwekkende feit is vaak moeilijk te isoleren. De omvang zal met name bepaald worden door de wijze waarop het slachtoffer op het schadeverwekkende feit reageert/moet reageren met schadebeperkende maatregelen²⁷.

In een bijdrage van BOONE en WYLLEMAN vinden we een eerste mooi voorbeeld. Een echtgenote baat samen met haar

man een winkel uit. Na het overlijden van haar man, moet zij de uitbating noodgedwongen stopzetten. In dat geval is de schade van de nabestaande niet beperkt tot het aandeel van de overledene, maar komt het volledige inkomenverlies (bv. de gederfde nettowinst), verminderd met de kost voor het persoonlijk onderhoud van het slachtoffer, in aanmerking voor vergoeding. De rechtbank verminderde weliswaar het bedrag van de vergoeding omdat de echtgenote aan haar schadebeperkingsplicht was tekortgekomen. Zij had immers geen inspanningen gedaan om na het overlijden nog een bescheiden inkomen te verdienen zonder haar overlevingspensioen te verliezen²⁸.

Een tweede mooi voorbeeld biedt een cassatiearrest van 25 oktober 1991 over gunning van overheidsopdrachten. Een gemeente begaat een fout bij een openbare verpachting van een foorstandplaats. De afgewezen foor Kramer eist schadevergoeding van de gemeente. Bij arrest van 12 februari 1990 wijst het hof van beroep van Antwerpen de eis tot schadevergoeding af. De gemeente had immers aangeboden om de betwiste verpachting van de foorstandplaats nietig te verklaren. Dat betekende dat de afgewezen foor Kramer, zonder enige concurrentie, de door haar oorspronkelijk geboden prijs van 8.600 BEF per lopende meter had kunnen handhaven in een nieuwe verpachtingsprocedure. De foor Kramer had geweigerd op dit aanbod in te gaan en bleef daarentegen de uitvoering van de aangevochten foutief georganiseerde verpachting eisen. De cassatievoorziening wordt verworpen. Het cassatiearrest brengt tot uitdrukking dat de aangevoerde schade, onder de concrete omstandigheden van de zaak, uitsluitend is blijven voortbestaan door de handelwijze en de schuld van eiseres zelf. Bijgevolg konden de beroepsrechters de vordering van eiseres tot schadevergoeding afwijzen²⁹. Het betreft bijgevolg een mooie toepassing van de schadebeperkingsplicht in een geval van zuivere economische schade.

12. Schadebeperkende maatregelen zullen zeker in geval van zuivere economische schade ertoe kunnen leiden dat een deel van de schade vermeden wordt. Een onderbreking van de productie van een bedrijf bijvoorbeeld, kan opgevangen worden door uit de voorraad te leveren. Personeel kan tijdelijk ingeschakeld worden bij andere werkzaamheden die een bijdrage tot de winst leveren. Schade kan ook beperkt worden door herstel of vervanging van de beschadigde productiemiddelen. Bij het mislopen van een opdracht, kan vervangend werk aangenomen worden³⁰. Tot nu toe is de rechtspraak die toepassing maakt van de schadebeperkingsplicht bij gevallen van zuivere economische schade zeer schaars.

²⁷. Cf. J.M. BARENDRECHT en J. STEKELENBURG, “Gederfde winst en winstafdracht” in J.M. BARENDRECHT en H.M. STORM, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 124.

²⁸. Voorbeeld aangehaald bij I. BOONE en B. WYLLEMAN, “Vergoeding van afgeleide schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 224, nr. 49, met verwijzing naar Pol. Brugge 13 oktober 2010, AR 09A278, *onuitg.*

²⁹. Cass. 25 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 192.

³⁰. Cf. J.M. BARENDRECHT en J. STEKELENBURG, “Gederfde winst en winstafdracht” in J.M. BARENDRECHT en H.M. STORM, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 128 en C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2005, 271, nr. 310.

II. NOOD AAN STRUCTUUR EN ONDERSTEUNING BIJ DE SCHADEBEGROTING

13. Een belangrijke reden waarom er nog veel pleinvrees is op het terrein van de zuivere economische schade is zonder enige twijfel de moeilijkheden om in rechte gelijk te halen en in het bijzonder om het bewijs te leveren van zuivere economische schade. Deze schade is immers voor een groot stuk hypothetisch. In de praktijk is veelal de aanstelling van een deskundige nodig om de schade in kaart te brengen. Dat kost uiteraard tijd en geld ... Een kosten-baten-analyse zal veel slachtoffers van zuiver economische schade ervan weerhouden te procederen. Het is dan ook een aantrekkelijke gedachte de praktijk wat meer structuur en ondersteuning te bieden bij het begroten van zuivere economische schade.

Wettelijke forfaits

14. Een instrument in handen van de wetgever is het instellen van wettelijke forfaits. Met wettelijke forfaits kunnen overdreven schadevergoedingen en lange procedures vermeden worden.

De nieuwe regeling inzake de rechtsplegingsvergoeding (die kosten en erelonen van de advocaat omsluit) is in feite een voorbeeld hiervan. Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 16 november 2006: *“Het honorarium en de kosten van een advocaat die de benadeelde van een buitencontractuele fout heeft betaald, kunnen een te vergoeden bestanddeel van zijn schade uitmaken, in zoverre ze noodzakelijk zijn om de benadeelde de mogelijkheid te bieden om zijn rechten op vergoeding van zijn schade te doen gelden.”*³¹. Onder meer om problemen van bewijs en begroting te onderwerpen, heeft de wetgever met de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat gekozen voor wettelijke forfaits.

Er zijn andere voorbeelden waarvan ik er lukraak een aantal aanhaal. Inzake overheidsopdrachten en aanbestedingen, heeft de laagste inschrijver die onrechtmatig niet werd weerhouden recht op een forfaitaire schadevergoeding van 10%. Indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen, dient deze bij openbare of beperkte aanbesteding toegevoegd te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, op straffe van een forfaitaire schade-loosstelling vastgesteld op 10% van het bedrag van de inschrijving, exclusief BTW (art. 24, eerste lid wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006). Het artikel vormt een toepassing van artikel 1382 BW. De forfaitaire begroting van de schade is ingegeven door twee hoofdmotieven. Enerzijds

gaat deze keuze in tegen de tendens van de rechtbanken om, aan de hand van deskundigenverslagen, vergoedingen toe te kennen die overdreven zijn. Anderzijds komt de keuze tegemoet aan de zorg om lange, dure en ingewikkelde gerechtelijke procedures te voorkomen. Ook voor de inschrijver zelf zijn er voordelen: een vluggere betaling zonder te moeten procederen³². Het forfait dekt zowel het geleden verlies als de gederfde winst die de inschrijver dankzij de aanbesteding zou kunnen hebben realiseren³³.

Een tweede voorbeeld is de forfaitaire begroting van de zuivere economische schade geleden na een onterechte inbeslagname en verbeurdverklaring van transportmiddelen die tot smokkel worden aangewend. Overeenkomstig artikel 222, § 1 algemene wet inzake de douane en de accijnzen beschikt de administratie over de mogelijkheid tot inbeslagname en verbeurdverklaring van de transportmiddelen die tot smokkel worden aangewend. In hetzelfde artikel wordt de schadevergoeding na een onterechte inbeslagname wettelijk begrensd en forfaitair bepaald. Dat het instellen van een wettelijk forfait verhindert dat het slachtoffer zijn werkelijke schade bewijst, illustreert een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Gent van 5 november 2003. Tijdens het baanvervoer van een container met tapijten naar Zeebrugge, wordt de geladen combinatie tegengehouden door twee ambtenaren van de opsporingsinspectie der douane en accijnzen van Kortrijk. Die stellen tijdens de controle vast dat er, verstopt in een lading tapijten, een partij sigaretten aanwezig is. De vervoerders verlenen onmiddellijk hun volle medewerking maar niettemin worden trekker en oplegger in beslag genomen. Wanneer ze later worden vrijgesproken, vorderen ze een schadevergoeding omdat het vervoersmateriaal gedurende 38 maanden in beslag gehouden werd en dus bedrijfseconomisch onbeschikbaar werd gemaakt. De rechtbank oordeelt dat de schadevergoeding waarop de vervoerders recht hebben wettelijk begrensd is tot 1% van de waarde van de goederen vermenigvuldigd met een aantal maanden van inbeslagname. Gezien deze uitdrukkelijke wettelijke begrenzing, kan niet ingegaan worden op het meergevorderde en heeft de aanstelling van een deskundige ter zake ook geen zin³⁴.

Wettelijke begrotingsregel inzake winstafdracht

15. Ik wil verder één interessante wettelijke begrotingsregel uit het Nederlands recht niet onvermeld laten die het slachtoffer van zuivere economische schade op bewijsrechtelijk vlak ter hulp kan komen. Het betreft de bepaling inzake winstafdracht in artikel 6:104 NBW. Wanneer iemand op

³¹. Cass. 16 november 2006, *RW* 2006-07, 1128, noot, *JT* 2007, 14, noot B. DE CONINCK en *RGAR* 2007, nr. 14.205, noot N. ESTIENNE.

³². *Parl.St.* Senaat 1975-76, 723/2, 12.

³³. C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schade-loosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2005, 304, nr. 349.

³⁴. Rb. Gent 5 november 2003, *FJF* 2004, afl. 8, 804.

grond van een onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan. Deze regel kan een oplossing bieden wanneer iemand voordeel heeft van een onrechtmatige daad zonder dat direct duidelijk is of en in hoeverre het slachtoffer schade heeft geleden. De rechter kan de schade dan begroten op de winst die de aansprakelijke persoon heeft genoten. Denk bijvoorbeeld aan de situatie van een uitgever die een onrechtmatige publicatie uitgeeft over een publieke persoon of een geval van oneerlijke concurrentie³⁵. Deze bepaling komt dus onder meer tegemoet aan de bewijsproblemen die het slachtoffer ondervindt. Daarnaast is de bepaling ook ingegeven door de gedachte dat een dader niet mag profiteren van zijn onrechtmatige daad³⁶.

Uitbreiding van de Indicatieve Tabel met een luik zuivere economische schade

16. Het is aangewezen om aan de praktijk handvaten aan te reiken voor een abstracte schadebegroting, voor die gevallen waar een schadebegroting *in concreto* onmogelijk of te moeilijk is (in het licht van de kosten en de tijd die daarvoor nodig zouden zijn). Zoals WEYTS in haar bijdrage aangeeft, zou de praktijk er gebaat bij zijn aan de Indicatieve Tabel een luik zuivere economische schade toe te voegen. Ze merkt niet onterecht op dat de huidige Indicatieve Tabel bevestigt dat we toch wel een zekere hiërarchie aanvoelen binnen de soorten schaden. De meeste aandacht gaat immers uit naar de personenschade...

17. Daarvoor is het nodig om mogelijke categorieën en subcategorieën van zuivere economische schade op te lijsten en richtlijnen voor de begroting ervan uit te werken. Op dat vlak zouden juristen en economen best de handen in elkaar slaan ... Ik laat hierna alvast een paar ballonnen op. In elk geval moeten we voor deze denkoefening verder kijken dan onze neus lang is. We kunnen bijvoorbeeld inspiratie putten op het terrein van onteigeningen, waar al veel *knowhow* is ontwikkeld op het vlak van begroting van zuivere economische schade. Wanneer het onteigende goed gebruikt werd voor de uitoefening van een beroepsactiviteit, handelszaak of onderneming, dan kan er aanleiding zijn om een vergoeding toe te kennen voor winstverlies wegens stilliggen en verlies aan cliënteel. Bij onteigeningen wordt bijvoorbeeld voor de vaststelling van nettowinst, gekeken naar de belastingaangiften die de gebruiker heeft ingediend. Het bedrag

van de vergoeding wordt berekend door het gemiddelde van de fiscaal aangegeven nettowinst van de drie voorgaande jaren te vermenigvuldigen met een tijdsfactor in functie van de duur en de ernst van de bedrijfsstoornis³⁷.

Een eerste categorie is uiteraard de *gederfde winst*. Daarbinnen zou zelfs – waarom niet – een originele subcategorie ‘schade voor gederfde winst door tijd besteed aan het geschil’ kunnen blinken. Zo leert althans een arrest van het hof van beroep van Arnhem van 21 februari 2012. Het hof kent in deze zaak een schadevergoeding toe aan een ondernemer voor de winst die hij heeft gederfd tijdens de tijd die hij heeft moeten besteden aan het voeren van zijn geschil. Mocht hij die tijd hebben aangewend voor zijn ondernemingsactiviteiten, dan had hij meer winst kunnen maken. De berekening die hij zelf aanbrengt is gedurende 37 maanden gemiddeld 10 u per maand tegen een netto gederfde winst van 32,50 EUR per uur. Het hof acht het aannemelijk dat er sprake is van tijdverlies en daarmee gederfde winst, maar vindt dat er onvoldoende aanknopingspunten voor de berekende schade aanwezig zijn. Het hof schat daarom de inkomstenschade *ex aequo et bono* op 10.000 EUR³⁸.

Een andere veel voorkomende zuivere economische schade-post zijn de *kosten van een investeringskrediet*. Een voorbeeld: een gemeente begaat een fout door het onwettig verlenen van een vergunning die naderhand door de Raad van State wordt vernietigd. Die fout staat in oorzakelijk verband met de schade die de verkrijger lijdt doordat hij op grond van die naderhand vernietigde bouwvergunning werken heeft uitgevoerd die naderhand dienden te worden ongedaan gemaakt. Zowel rechtstreekse schade (kosten van afbraak en herstel in de oorspronkelijke toestand) als onrechtstreekse schade (kosten van het investeringskrediet, gederfde winst) zijn vergoedbaar³⁹.

Als keerzijde van de medaille van de schadebeperkingsplicht (zie *supra*), heeft een slachtoffer van zuivere economische schade recht op *reddingskosten*. Reddingskosten zijn redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht (*cf.* art. 6:96, a NBW en art. 20 en 52 wet landverzekeringsovereenkomst). Bij zuivere economische schade is de kans groot dat er reddingskosten zijn gemaakt. Voorbeelden zijn: het inhuren van een vervangende machine ter voorkoming van bedrijfsschade, bonussen voor extra snelle levering van vervangende machines en grondstoffen, overwerk van herstellende, het huren van opslag- of productieruimte waarmee het stilliggen van de productie kan worden beperkt, kosten verbonden aan het terugbrengen van productiecapaciteit, enz.⁴⁰.

³⁵. J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 249, nr. 210.

³⁶. J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 250, nr. 210.

³⁷. Zie hierover: R. PALMANS, I. COOREMAN en J. GHYSSELS (eds.), *Bedrijfsschade bij onteigeningen*, Antwerpen, Intersentia, 2011.

³⁸. Hof Arnhem 21 februari 2012, nr. 200.060.925, <http://jure.nl/ecli:nl:gharn:2012:bv8367>.

³⁹. Gent 10 december 2004, *TGR* 2005, 251.

⁴⁰. J.M. BARENDRECHT en J. STEKELENBURG, “Gederfde winst en winstafdracht” in J.M. BARENDRECHT en H.M. STORM, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 130.

Andere denkbare categorieën zijn: *vertragingsschade*, *vergoeding voor nutteloze investeringen of uitgaven* die hun doel missen (bv. het gemiste effect van een reclamecampagne), *nutteloze voorbereidings- en deelnemingskosten*,

omwegschade (bv. door een fout verslechtert de bereikbaarheid van een bedrijf). Tot slot zijn ook de *expertisekosten* uiteraard vergoedbaar.

III. RUIMTE VOOR SOLIDARITEIT?

18. Een laatste bedenking ... In hoeverre is er op het terrein van de zuivere economische schade een zekere vorm van collectivering nodig? Moet het individu zelf wel alle zuivere economische schade dragen? Is dit niet ook het terrein bij uitstek waar de solidariteit mag spelen? Is het denkbaar om voor bepaalde schadegevallen vergoeding te organiseren via een schadefonds? Voor sommige schadegevallen kan dit een manier zijn om zonder de basisprincipes van het aansprakelijkheidsrecht geweld aan te doen toch recht te verlenen aan de slachtoffers én de daders.

Dit idee schuilt bijvoorbeeld achter de wettelijke regeling inzake wegeniswerken. Bij wet van 3 december 2005 werd aan zelfstandige ondernemers en hun helpers (weliswaar beperkt tot micro-ondernemingen) het recht toegekend op een vergoeding ter compensatie van verlies van inkomen voor hinder ten gevolge van openbare werken op het openbare domein. Wanneer de onderneming gedurende minstens 14 kalenderdagen moest worden gesloten omwille van openbare werken, kregen de betreffende zelfstandigen een geïndexeerde dagvergoeding van 44,20 EUR, op voorwaarde dat de zelfstandige gedurende de betrokken periode geen arbeid verricht en geen andere beroepsinkomsten heeft. Ter financiering van de inkomenscompensatievergoeding stortte elke bouwheer een bedrag aan het Participatiefonds dat de ver-

goedingen uitbetaalde. Deze regeling is bijgesteld in 2008 door de programmawet van 22 december 2008. Financiering verloopt nu via een jaarlijkse dotatie ingeschreven op de algemene uitgavenbegroting en niet langer via bijdragen betaald door de bouwheren. De dagelijkse vergoeding wordt opgetrokken tot 70 EUR per kalenderdag en de vereiste van de sluitingsperiode wordt herleid tot 7 dagen⁴¹.

Alhoewel de solidariteit in het voorbeeld van de wegeniswerken beperkt blijft en de strenge voorwaarden vatbaar zijn voor kritiek, klinken de motieven achter deze regeling bekend in de oren. Het aansprakelijkheidsrecht biedt geen soelaas aan de handelaar die zuivere economische schade lijdt ten gevolge van wegeniswerken. De uitkomst van een aansprakelijkheidsprocedure laat te lang op zich wachten, is te duur en onzeker en te weinig voorspelbaar. Er zijn per definitie expertises nodig. Het resultaat is dat de handelaar zijn schadevergoeding slechts jaren na de feiten zal ontvangen, op een moment dat hij zijn handel al heeft moeten sluiten of in staat van faillissement is verklaard⁴².

Deze weg heeft voordelen maar ook nadelen. Potentiële daders zullen geen prikkels meer voelen om schade te vermijden en schadebeperkende maatregelen te nemen⁴³.

BESLUIT

19. Er is nog veel braakliggend terrein op het vlak van de zuivere economische schade. Op het vlak van het 'gelijk halen' moeten de zaken vereenvoudigen. Om 'overstromingen te vermijden' (in de beeldspraak van *the floodgates*), zijn er op het vlak van 'gelijk hebben' toegangspoorten nodig en *a priori*-beperkingen die de vergoeding van zuivere economische schade binnen redelijke perken houden. Deze respons was dan ook een oproep om het aansprakelijkheidsrecht te moderniseren, om een hiërarchie te aanvaarden tussen personen-, zaak- en zuivere economische schade en instrumenten te erkennen die een genuanceerde beoordeling toelaten van de fout, de schade en het oorzakelijk verband in functie van de aard van de geleden schade. Op korte termijn

kan de rechtspraak hierin een belangrijke rol spelen. Een aantal instrumenten die in deze bijdrage werden besproken en die finaal in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen, werden voordien erkend in de rechtspraak van de Hoge Raad. Het betreft met name het relativiteitsvereiste, de leer van de redelijke toerekening en het matigingsrecht van de rechter. Op lange termijn kunnen we dromen van een modern Burgerlijk Wetboek waarin deze instrumenten wettelijk verankerd zijn.

20. Meteen zullen we hiermee aansluiting vinden bij de Europese harmoniseringsprojecten. De DCFR bijvoorbeeld beperkt ook de aansprakelijkheid, onder meer via het begrip

⁴¹. Zie over deze regeling: D. DÉOM, "Travaux publics et indemnisation du dommage économique. Droit commun et innovation législative", *JT* 2007, 709-720; H. VUYE, "Overheid en bedrijf: wat bij hinder veroorzaakt door wegeniswerken?" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 435-470.

⁴². H. VUYE, "Overheid en bedrijf: wat bij hinder veroorzaakt door wegeniswerken?" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 454, nr. 17.

⁴³. Cf. voor eenzelfde redenering omtrent het Participatiefonds, ingesteld voor de vergoeding van schade door wegeniswerken: H. VUYE, "Overheid en bedrijf: wat bij hinder veroorzaakt door wegeniswerken?" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 467, nr. 29.

legally relevant damage (boek VI, art. 2:101 DCFR). Een schade is ten eerste juridisch relevant, wanneer het gaat op een soort schade die specifiek geregeld is in de DCFR. Ten tweede kan juridisch relevante schade voortvloeien uit de inbreuk op een recht of de krenking van een beschermwaardig belang, op voorwaarde dat het redelijk en billijk is om aan de eiser een recht op vergoeding toe te kennen. Om dit te beoordelen is een belangenafweging nodig. De DCFR bevat

een aantal criteria, waaronder de grondslag van de aansprakelijkheid, de aard van de schade en haar afstand tot de onrechtmatige daad, de redelijke verwachtingen van het slachtoffer en beleidsoverwegingen met betrekking tot het algemeen belang en de interne coherentie van het privaatrecht (Boek VI, art. 2:202 (3) DCFR). Of zou ook de DCFR *science fiction* blijven? ...