ASSURANTIE VAN DE BELGISCHE BOERENBOND
A. B. B.
LEUVEN

ALGEMENE PRACTISCHE RECHTSVERZAMELING

Jan RONSE

Gewoon hoogleraar aan de K.U. Leuven
Werkend lid van de Koninklijke Academie
voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België

SCHADE
EN
SCHADELOOS-STELLING

DEEL I

Tweede druk
bewerkt door

Lode DE WILDE

Advocaat-Generaal
bij het Hof van Beroep te Gent

Antoon CLAEYS

Juridisch adviseur L.C.M.

Ingrid MALLEMS

Advocaat

1984

story recht

E. Story-Scientia

wetenschappelijke uitgeverij

Gent

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 juli 1984

© 1984, E. Story-Scientia
ISBN 90 6439 342 7
D/1984/0009/5

No part of this book may be reproduced in any form by print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of op welke andere wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Bibl 1.463 450
Bibl 1.164.267

7706
a

ASSURANTIE VAN DE BELGISCHE MAATSCHAPPIJ VAN LEUVEN
A. B. B.

INHOUD DEEL I

		Bz.
AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN		XI
LITERATUURLIJST		XV
		Nr.
ALGEMENE BESCHOUWINGEN		1.1- 3
TITEL I	**DE SCHADE**	4- 31
HFST. I	HET BEGRIP SCHADE	4- 27
AFD. I	*Het vraagstuk*	4- 7
AFD. II	*De theorie van de rechtskrenking — Verwerping*	8- 18
	§ 1. Rechtskrenking, bestanddeel van de onrechtmatige daad	8- 8.3
	§ 2. Rechtskrenking, bestanddeel van de schade	9- 12
	§ 3. Weerlegging: schade is belangenkrenking	13- 18
AFD. III	*De theorie van de relatieve onrechtmatigheid*	19- 21
AFD. IV	*Besluit: zekere krenking van een rechtmatig belang*	22- 27
	§ 1. Het principe	22- 25
	§ 2. Toevallige invloed van het ontbreken van rechtskrenking	26- 27
HFST. II	VERSCHILLENDE SOORTEN VAN SCHADE	28- 31
AFD. I	*Onmiddellijke schade en schade door terugkaatsing*	28
AFD. II	*Verminderd vermogen en verhinderde winst*	29
AFD. III	*Actuele en toekomstige schade*	30
AFD. IV	*Vermogensschade en extrapatrimoniale schade*	31
TITEL II	**DE AANSPRAAK OP SCHADELOOSSTELLING**	32-218
HFST. I	ONTVANKELIJKHEIDSVEREISTEN	33- 61
AFD. I	*De rechtmatigheid van het gekrenkte belang als ontvankelijkheidsvereiste*	34- 56
	§ 1. Het principe	34- 38
	§ 2. Bijzonder toepassingsgeval: de aanspraak van de concubine	39- 56
	A. De aanspraak tussen concubine en minnaar	40- 49
	B. De aanspraak van de concubine tegen derden	50- 56
AFD. II	*Gestelde schade, ontvankelijkheidsvereiste van de herstelvordering*	57- 61
HFST. II	GEGRONDHEIDSVEREISTEN	62-122
AFD. I	*Bewijslast betreffende de schade*	63- 90
	§ 1. Het vraagstuk	63
	§ 2. De principes	64
	A. Lijdelijkheid of neutraliteit van de rechter	64- 68
	B. Aard en draagwijdte van de bewijslast	69- 74
	§ 3. Oplossing	75- 87
	A. Onderscheid tussen bestaan en omvang van de schade	76- 80
	B. Vrije bewijsvoering	81
	C. Het criterium van de gewone gang van zaken	82- 87

§ 4. Toezicht van het Hof van Cassatie 88- 89
§ 5. Samenvatting en besluiten 90
AFD. II *De schade moet zeker vaststaan* 91-122
§ 1. Het begrip van gerechtelijke zekerheid 91- 93
§ 2. Toekomstige zekere schade 94-118
A. Redelijke verwachting 94-102
1. Begrip 94-101
2. Toezicht van het Hof van Cassatie 102
B. Verloren kans 103-118
§ 3. Vordering tot het afwenden van dreigende schade 119-122

HFST. III DE AANSPRAAKGERECHTIGDEN 123-143

AFD. I *Het principe* 123-128
AFD. II *Verband tussen de verschillende aanspraken uit één onrechtmatige daad ontstaan* 129-141
§ 1. Zelfstandigheid van de aanspraken 129
§ 2. Verschillende hoedanigheden van de aanspraakgerechtigden 130-141
A. Onderscheid tussen de aanspraak uit eigen naam en deze in hoedanigheid van vertegenwoordiger 131
B. Onderscheid tussen de persoonlijke aanspraak en die in hoedanigheid van rechtsopvolger van de benadeelde 132-141
AFD. III *Toepassingen — Verwijzing* 142
AFD. IV *Verdeling van de schadeloosstelling tussen aanspraakgerechtigden— Verwijzing* 143

HFST. IV OGENBLIK WAAROP DE AANSPRAAK OP SCHADELOOSSTELLING ONTSTAAT — GEVOLGEN 144-218

AFD. I *Het vraagstuk* 145-149
AFD. II *Oplossing naar Belgisch recht* 150
AFD. III *Gevolgen* 151-218
§ 1. Gevolgen voor de aanspraakgerechtigde 151-158
A. Maatregelen tot bewaring 151-156
B. Faillissement en gerechtelijk akkoord van de aansprakelijke . . . 157
C. Vergoedende en gerechtelijke interesten 158
§ 2. Gevolgen voor de schuldeisers van de aanspraakgerechtigde 159-178
A. Zijdelingse rechtsvordering en faillissement van de aanspraakgerechtigde 160-167
B. Beslag op de herstelvordering en op de schadeloosstelling 168-173
C. Pauliaanse rechtsvordering 174-175
D. Schuldvergelijking 176-178
§ 3. Gevolgen betreffende de plaatselijke bevoegdheid 179-181
§ 4. Gevolgen betreffende de bepaling van het toepasselijke recht 182.1-184
§ 5. Overdracht en overgang van de herstelvordering 185-218
A. Overdracht onder levenden 186-194
B. Overgang door overlijden 195-217
1. Principe van de erfelijkheid 196-206
a. Vermogensschade 196-197
b. Extrapatrimoniale schade 198-206
2. Vaststelling welke aanspraak tot de nalatenschap behoort . . . 207-210
3. Onderscheid tussen de vordering *ex haerede* en de persoonlijke aanspraak 211
4. Verdeling van de aanspraak *ex haerede* tussen de rechthebbenden 212.1-217
C. Toezicht van het Hof van Cassatie 218

TITEL III **DE SCHADELOOSSTELLING** 219-604

HFST. I GRONDREGELS 219-275

AFD. I *Begrip en terminologie* 219-221
AFD. II *Uitsluiting van de voorschriften uit het contractenrecht* 222-229
§ 1. Het principe 222-223
§ 2. Gevolgen en toepassingen 224-229
A. Redelijke voorzienbaarheid van schade 224-226
B. Onmiddellijke en rechtstreekse schade. 227
C. Ingebrekestelling. 228-229
AFD. III *Een juist passend en volledig herstel* 230-275
§ 1. Het principe: de schade, enige maatstaf van de schadeloosstelling. . . 230-234
§ 2. Grondregel voor de toepassingen: voorkeur voor de benadeelde . . . 235
§ 3. Begroting *in concreto* — Toepassingen 238-261
A. Vrije beoordelingsmacht en vrije beoordelingsplicht 239-242
B. Feitelijke toestanden, niet rechtstoestanden zijn bepalend 243
C. Het concrete, niet het normale is bepalend 244-261
1. Algemene regel 244-247
2. Bijzonder toepassingsgeval: voorbeschiktheid voor schade in . . hoofde van de getroffen persoon of zaak 248-260
3. Besluit 261
§ 4. Objectief herstel — Toepassingen 262-275
A. Het vraagstuk 262-264
B. Oplossing 265-275
1. De vermogenstoestand van de partijen komt niet in aanmerking . 265-266
2. De zwaarte van de schuld van de aangesprokene komt niet in aanmerking 267-272
3. Het al dan niet verzekerd zijn van de aangesprokene komt niet in aanmerking 273
4. Voordelen voor de aangesprokene uit de onrechtmatige daad ontstaan komen als dusdanig niet in aanmerking 274-275

HFST. II VORM VAN DE SCHADELOOSSTELLING: GELDELIJK OF IN SPECIFIEKE VORM 276-349

AFD. I *Principe* 276-294
§ 1. Terminologie en probleemstelling 276-277
§ 2. Voorrang van de schadeloosstelling in specifieke vorm 278-281
§ 3. De schadeloosstelling, in specifieke vorm of niet, moet volledig zijn. . 282-285
§ 4. Gevallen waarin schadeloosstelling in specifieke vorm onmogelijk is . . 286-288
§ 5. Beoordelingsmacht van de rechter ten aanzien van de vorm van de . . schadeloosstelling 289-293
§ 6. Samenvatting van de regel 294
AFD. II *Toepassingen* 295-349
§ 1. Vervulling van een redelijke verwachting als schadeloosstelling in . . specifieke vorm 295-299
§ 2. Publikaties 300-301
§ 3. Bevel of verbod 302-311
A. Principe 302-303
B. Dwangmiddelen 304-311
§ 4. Verschillende vormen van geldelijke schadeloosstelling 312-327
A. Kapitaal of rente 312-318
B. Modaliteiten van de geldelijke veroordeling 319-327
1. Zekerheden aan de kant van de aanspraakgerechtigde 320

2. Zekerheden aan de kant van de aansprakelijke 321-323
3. Aanpassingsmogelijkheid van de rente 324
4. Schadeloosstelling in buitenlandse munt 325
5. Termijnen van respijt 326-327
§ 5. Vergoedende en gerechtelijke interesten 328-349
A. Aard en benaming van de vergoedende interesten 329-331
B. Gevolgen 332-337
C. Berekening van de vergoedende interesten 338-345
D. Gerechtelijke interesten 346-348
E. Toezicht van het Hof van Cassatie 349

HFST. III NAUWKEURIGE BEGROTING EN VRIJE WAARDERING DOOR DE RECHTER 350-365

AFD. I *Soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter en toezicht van het Hof van Cassatie* 351-355
AFD. II *Primaire verplichting om de schadeloosstelling nauwkeurig te begroten* . . 356
AFD. III *Verplichting om ex aequo et bono te begroten, indien de omvang van de schade, waarvan het bestaan zeker is, voor geen nauwkeurige begroting vatbaar is* 357-358
AFD. IV *De begroting ex aequo et bono* 359-365

HFST. IV TIJDSTIP NAAR HETWELK DE SCHADELOOSSTELLING BEGROOT DIENT TE WORDEN — GEVOLGEN 366-400

AFD. I *Het vraagstuk* 366-367
AFD. II *Het principe: begroting naar het tijdstip van de einduitspraak* 368-379
AFD. III *Latere gebeurtenissen, tussen het schadegeval en de einduitspraak verwezenlijkt, in aanmerking te nemen bij de begroting van de schadeloosstelling* 380-400
§ 1. De formule van het Hof van Cassatie 381-385
§ 2. Kritiek 386-397
§ 3. Proeve van oplossing 398-400

HFST. V WIJZIGINGEN IN DE WAARDEUITDRUKKING VAN DE SCHADE — PRIJZEN, WEDDEN EN LONEN, KOOPKRACHT VAN DE MUNT, WISSELKOERS EN RENTEVOET 401-459

AFD. I *Schommelingen van prijzen en lonen* 401-419
§ 1. Zakenschade 402-416
A. Eerste mogelijkheid: de benadeelde voorzag nog niet in de vervanging of in de herstelling van het ontvreemde, vernielde of beschadigde goed 403-409
B. Tweede mogelijkheid: de benadeelde heeft, vóór de uitspraak, zelf voorzien in de herstelling of vervanging 410-415
C. Derde mogelijkheid: de benadeelde handelde schuldig door niet zelf tijdig te voorzien in de herstelling of vervanging 416
§ 2. Persoonsschade 417-419
AFD. II *Wijzigingen in de koopkracht van de munt, in de wisselkoers en de rentevoet* . 420-436
§ 1. Munt 420-434
§ 2. Wisselkoers 435
§ 3. Rentevoet 436

HFST. VI WIJZIGINGEN IN DE INTRINSIEKE BESTANDDELEN VAN DE SCHADE 437-459

AFD. I *Vermeerdering van de omvang der schade — Nieuwe schadeposten* 439-458
§ 1. Het principe 439-441
§ 2. Bijzonder toepassingsgeval: redelijke kosten tot vrijwaring van de belangen van de benadeelde 442-458
A. Het vraagstuk 442-448
B. Oplossing 449-458
1. Kosten in verband met de bewijsvoering van de aanspraakgerechtigde 449-454
2. Kosten in verband met de verdediging van de belangen van de aanspraakgerechtigde 455-458
AFD. II *Vermindering van de omvang van de schade — Verbetering van de toestand van de benadeelde — Verwijzing* 459

HFST. VII BEPERKING VAN DE SCHADE DOOR DE BENADEELDE — VERPLICHTING? — VERHAALBAARHEID VAN DE DAARTOE GEMAAKTE KOSTEN 460-486

AFD. I *Het vraagstuk* 460-463
AFD. II *Oplossing* 404-447
§ 1. Het principe en zijn draagwijdte 464-472
§ 2. Gevolgen 473-477
A. Verdeling van de aansprakelijkheid na schuldig verzuim 473
B. Verhaalbaarheid van de kosten na schadebeperking en van de daaruit ontstane grotere schade 474-477
AFD. III *Bijzondere toepassingsgevallen* 478-486
§ 1. Geneeskundige behandelingen en heelkundige bewerking, tot beperking van de schade 478-483
§ 2. Andere toepassingsgevallen 484-486

HFST. VIII LATERE GEBEURTENISSEN VAN AARD OM DE WAARSCHIJNLIJKHEID NADER TE BEPALEN VAN WAT GEBEURD ZOU ZIJN ZONDER DE ONRECHTMATIGE DAAD 487-518

AFD. I *Latere gebeurtenissen waardoor grotere zekerheid omtrent het bestaan of de omvang van de schade verschaft wordt* 488-492
AFD. II *Verwezenlijkte of door de onrechtmatige daad verhinderde nadelige gebeurtenissen waardoor de omvang van de te vergoeden schade beperkt wordt* 493-518
§ 1. Het vraagstuk 493-495
§ 2. Proeve van oplossing 496-518
A. Bewijs en bewijslast 496-500
B. Persoonsschade 501-509
C. Zakenschade 510-518

HFST. IX TOEREKENEN VAN VOORDELEN ONTSTAAN IN VERBAND MET DE ONRECHTMATIGE DAAD OF MET DE SCHADELOOSSTELLING . . . 519-604

AFD. I *Het vraagstuk — Terminologie* 519-523
AFD. II *Algemene vereisten der voordeelstoerekening* 524-535
§ 1. Rechtspleging — Bewijs en bewijslast 524-528
§ 2. Geen algemeen criterium voor de toerekening 529-535

AFD. III *Toepassingsgevallen* **536-604**
§ 1. Voordelen samen met de schade, door de onrechtmatige daad zelf veroorzaakt **536-542**
A. Positieve voordelen **537-540**
B. Uitsparingen **541-542**
§ 2. Voordelen aan het optreden van de benadeelde zelf te wijten **543-545**
§ 3. Voordelen door de schadeloosstelling verschaft **546-551**
§ 4. Voordelen ontstaan door uitkeringen die verband houden met het schadegeval, hetzij door de aansprakelijke, hetzij door derden gedaan . **552-604**
A. Algemene beschouwingen **552-554**
B. Principe **555-570**
1. De regel **555**
2. Verantwoording **556-570**
C. De voornaamste toepassingen **571-581**
1. Uitkeringen uit milddadigheid **571-573**
2. Verzekeringen **574-581**
3. Verzekeringen tegen ziekte en invaliditeit **582-584**
4. Arbeidsongevallen **585-586**
5. Rust- en overlevingspensioenen **587-589**
6. Militaire pensioenen **590-596**
7. Voortbetalen van loon of wedde aan het werkonbekwame slachtoffer **597-604**

Het zaakregister vindt U in deel II van dit Trefwoord

LIJST VAN AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

A.A.	Ars aequi (Nederland)
A.c.P.	Archiv für die zivilistische Praxis (Duitsland)
Adm.Lex.	Administratief Lexicon
Ann.Dr.	Annales de Droit
Ann.Dr.Sc.Pol.	Annales de Droit et des Sciences Politiques
Ann.F.Dr.Liège	Annales de la Faculté de Droit de Liège
Ann.F.Dr.Louvain	Annales de la Faculté de Droit de Louvain
Antwerpen	Hof van Beroep te Antwerpen
Arbbl.	Arbeidsblad
Arbh.	Arbeidshof
Arbrb.	Arbeidsrechtbank
Arr.Cass.	Arresten van het Hof van Cassatie
Arrond.	Arrondissementsrechtbank
Arr.R.v.St.	Verzameling der Arresten van de Raad van State
Belg.Jud.	La Belgique Judiciaire
Bergen	Hof van Beroep te Bergen
Besl.Regt.	Besluit van de Regent
Besl.W.	Besluitwet
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)
Bgbl.	Bundesgesetzblatt
B.G.H.	Bundesgerichtshof
B.G.H.Z.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Duitsland)
B.R.H.	Belgische Rechtspraak in Handelszaken — Jurisprudence Commerciale de Belgique
Brussel	Hof van Beroep te Brussel
B.T.I.R.	Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht (R.B.Dr.Int.)
B.T.Soc.Z.	Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid
Bull.Ass.	Bulletin des Assurances
Bull.Civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation (Frankrijk)
Bull.Crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation (Frankrijk)
Bull.E.G.	Bulletin van de Europese Gemeenschappen
B.W.	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Hof van Cassatie
Cass.fr.	Cour de Cassation (Frankrijk)
Cass.it.	Corte di Cassazione (Italië)
Chr.	Chronique
C.civ.fr.	Code civil (Frankrijk)
C.civ.it.	Codice civile (Italië)
C.comm.fr.	Code de commerce (Frankrijk)
Cl. et B.	Jurisprudence des tribunaux de première instance
Corr.	Correctionele Rechtbank
C.pr.civ.fr.	Code de procédure civile (Frankrijk)
Dall.Hebd.	Dalloz Hebdomadaire (Frankrijk)
Duitsl.	Duitsland
Faill.	Faillissement
Faill.W.	Faillissementswet
Fr.	Frans, Frankrijk

Gaz.Pal.	La Gazette du Palais (Frankrijk)
Gedr.St., Kamer	Gedrukte Stukken, Kamer
Gedr.St., Senaat	Gedrukte Stukken, Senaat
Gent	Hof van Beroep te Gent
Ger.W.	Gerechtelijk Wetboek
G.W.	Grondwet
H.G.B.	Handelsgesetzbuch (Duitsland)
H.R.	Hoge Raad der Nederlanden
H.v.B.	Hof van Beroep
Hyp.W.	Hypotheekwet
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique (Frankrijk)
J.H.J.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie
J.Liège	Jurisprudence de la Cour d'appel de Liège
J.Port Anv.	Jurisprudence du Port d'Anvers
J.Soc.	Journal des Sociétés
J.T.	Journal des Tribinaux
J.T.T.	Journal des Tribunaux du Travail
J.Z.	Juristenzeitung (Duitsland)
K.B.	Koninklijk Besluit
Kh.	Rechtbank van Koophandel
Kort ged.	Kort geding
Krijgsr.	Krijgsraad
Lg.	Landgericht (Duitsland)
Limb.R.	Limburgs Rechtsleven
Luik	Hof van Beroep te Luik
M.B.	Ministerieel Besluit
Mil.Ger.	Militair Gerechtshof (Krijgshof)
M.v.T.	Memorie van Toelichting
Ned.	Nederlands, Nederland
Ned.B.W.	Nederlands Burgerlijk Wetboek
Ned.Rv.	Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Ned.W.Kh.	Nederlands Wetboek van Koophandel
Nieuw Ned. B.W.	Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
N.J.W.	Neue Juristische Wochenschrift (Duitsland)
Nov.	Les Novelles
Olg.	Oberlandesgericht
O.M.	Openbaar Ministerie
Omnil.	Omnilegie
Ontw. Ned. B.W.	Ontwerp Nederlands Burgerlijk Wetboek
Onuitg.	Onuitgegeven
O.R.	Obligationenrecht (Zwitserland)
Pand.B.	Pandectes Belges (1878-1946)
Pand.fr.Pér.	Pandectes françaises Périodiques
Pand.Pér.	Pandectes Périodiques
Parl.Hand., Kamer	Parlementaire Handelingen, Kamer
Parl.Hand., Senaat	Parlementaire Handelingen, Senaat
Pas.	Pasicrisie
Pasin.	Pasinomie

Pol.	Politierechtbank
Prov.W.	Provinciewet
Publ.E.G.	Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen
R.Acc.Trav.	Revue des Accidents de Travail et de Droit Industriel et Social
Rb.	Rechtbank
R.Banque	Revue de la Banque
R.Crit.J.B.	Revue Critique de Jurisprudence Belge
R.Dr.B.	Revue de Droit Belge
R.Dr.Int.Comp.	Revue de Droit International et de Droit Comparé
R.Dr.Pén.	Revue de Droit Pénal et de Criminologie
Rec.Dall.	Recueil Dalloz
Rec.Gén.Enr.Not.	Recueil Général de l'Enregistrement et du Notariat
Rec.J.Dr.Adm.	Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat
Rec. Sirey	Recueil Sirey
Rép.P.Dr.B.	Répertoire Pratique du Droit belge
Rev.Crit.Lég. et Jur.	Revue critique de Législation et de Jurisprudence (Frankrijk)
R.Faill.	Revue des Faillites, Concordats et Liquidations
R.G.A.R.	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
R.G.Z.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.Int.Dr.Comp.	Revue Internationale de Droit Comparé
R.Not.B.	Revue du Notariat belge (vanaf 1971)
R.P.Not.	Revue Pratique du Notariat belge (tot 1970)
R.P.S.	Revue Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales
R.S.Z.	Rijksdienst voor sociale zekerheid
R.T.	Rechtskundig Tijdschrift
R.Trav.	Revue du Travail
R.Trim.Dr.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.Trim.Dr.Comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rv.	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (vóór 1967)
R.v.St.	Raad van State
R.W.	Rechtskundig Weekblad
Scheidsr. besliss.	Scheidsrechterlijke beslissing
Sem.J.	La Semaine Juridique (Frankrijk)
S.E.W.	Sociaal Economische Wetgeving. Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht
Somm.	Sommaire
Stbl.	Belgisch Staatsblad
Sv.	Wetboek van Strafvordering
Sw.	Strafwetboek
T.	Titel
T.Best.	Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen
Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis (Nederland)
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
T.Soc.R.	Tijdschrift voor Sociaal Recht (en van de Arbeidsgerechten)
Turnh.R.	Turnhouts Rechtsleven
T.Vred.	Tijdschrift van de Vrederechters
Tw.	Trefwoord
Verz.	De Verzekering
vgl.	Vergelijk
Vred.	Vrederecht, vredegerecht
V.T.Sv.	Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering

W.	Wetboek
Weekblad R.	Weekblad van het Recht
W.Kh.	Wetboek van Koophandel
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie (Nederland)
W.R.	Werkrechtersraad
W.R. Ber.	Werkrechtersraad van hoger beroep
Z.G.B.	Zivilgesetzbuch — Code Civil (Zwitserland)
Z.I.V.	Ziekte- en Invaliditeitsverzekering
z.j.	Zonder jaartal, zonder datum
z.pl.	Zonder plaats
Z.P.O.	Zivilprozessordnung (Duitsland)

LITERATUURLIJST

A. België

1. ALGEMENE WERKEN, VERHANDELINGEN EN MONOGRAFIEËN

ANRYS, H., *La responsabilité médicale,* Brussel, 1974.

BAETEMAN, G. en LAUWERS, J.P., *Devoirs et droits des époux; Commentaire théorique et pratique des lois du 30 avril 1958 et de la loi du 22 juin 1959,* Brussel, 1960.

BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit civil belge; Code de procédure civile,* IV, Brussel / Parijs, 1897-1908.

BRAAS, A., *Procédures d'ouverture des successions. Voies d'exécution, Procédures de distribution,* Brussel, 1953.

CLOQUET, A., *Les concordats et la faillite. Les Novelles. Droit commercial,* IV, Brussel, 1975.

CLOQUET, A., *Deskundigenonderzoek in zaken van privaat recht, A.P.R.,* Gent / Leuven, 1975.

CORNELIS, L., *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken,* Antwerpen, 1982.

DABIN, J., *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé,* Brussel / Parijs, 1935.

DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile. Les Novelles. Droit Civil,* V, twee delen, Brussel, I, 1959 en II, 1962.

DE BEUS, P., *Burgerlijke verantwoordelijkheid ontstaan uit misdrijven of oneigenlijke misdrijven* (art. 1382 B.W.), Brussel, 1944.

DEKKERS, R., *Handboek Burgerlijk Recht,* drie delen, Brussel, I, 1972, II en III, 1971.

DELARUWIÈRE, J. en NAMÊCHE, L., *La réparation des dommages résultant des accidents du travail,* Brussel, 1947.

DELVA, W., BAETEMAN, G., e.a., *Het nieuwe belgische huwelijksvermogensrecht,* Gent, 1978.

DENYS, P., *Droit de la sécurité sociale,* Brussel, 1977.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de Droit civil belge,* I, derde druk, Brussel, 1962; II, derde druk, Brussel, 1964; III, derde druk, Brussel, 1967; V, tweede druk, Brussel, 1975; VII, tweede druk, Brussel, 1957.

DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht,* V, *Zakenrecht,* IA, Antwerpen / Amsterdam, 1974.

FETTWEIS, A., *Précis de droit judiciaire,* II, *La compétence,* Brussel, 1971.

FETTWEIS, A., KOHL., A. en DE LEVAL, G., *Droit judiciaire privé,* Luik, 1976.

FREDERICQ, L. en S., *Handboek voor Belgisch Handelsrecht,* I en II, Brussel, 1976-1978.

GERARD, P., *Des accidents survenus aux personnes (Accidents de droit commun). Responsabilité et réparation civile,* Brussel, 1916.

GOEDSEELS, J.M.C.X., *Traité théorique et pratique des indemnités dues aux victimes des accidents de droit commun,* Brussel, 1932.

GOTZEN, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging,* Leuven, 1963.

HENUSSE, E., *De la réparation des accidents de droit commun,* Brussel, 1936.

KLUYSKENS, A., *Beginselen van Burgerlijk Recht,* zes delen, I, De verbintenissen, vijfde druk, Brussel / Gent, 1948.

LAURENT, F., *Principes de droit civil,* drieëndertig delen, Brussel / Parijs, 1869-1878.

LEURQUIN, C., *Code de la saisie-arrêt,* Brussel, 1906.

LEVIE, G., *Tables de mortalité,* 1955.

LOCRÉ, J.G., *Législation civile, commerciale et criminelle,* zestien delen, Brussel, 1836-1837.

LURQUIN, P., *Précis de l'expertise du code judiciaire,* tweede druk, Brussel, 1973.

MAHIEU, M. en BAUDREZ, J., *De Belgische Advokatuur,* Kuurne, 1980.

MAST., A., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht,* Gent / Leuven, 1981.

PANDECTES BELGES, Tw. *Dommages-intérêts, Préjudice, Responsabilité.*

PIRSON, R. en DE VILLÉ, A., *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, twee delen, Brussel, 1935.

POTVIN, G., *La responsabilité civile des déments et des anormaux*, Luik, 1937.

RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la cour de cassation*, Brussel, 1966.

RIGAUX, F., *Droit international privé*, twee delen, Brussel, I, 1977 en II, 1979.

RONSE, J., *De begroting der schadeloosstelling voor vermogensschade spruitend uit aantasting van lijf en leven*, Brussel, 1952.

RONSE, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, 1954.

ROUARD, P., *Traité élémentaire du droit judiciaire privé*, tôme préliminaire en vier delen, Brussel, 1973-1979.

Rép.P.Dr.B., Tw. *Responsabilité*, Brussel, 1940.

RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, Brussel, 1971.

SCHUERMANS, L., DE CEUSTER, J., VAN OEVELEN, A. en VERELLEN, W., *De wettelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de Benelux*, Brussel, 1979.

SIMONT, L. en KIRKPATRICK, J., *Le remboursement des frais d'assistance par la personne secourue, ses débiteurs d'aliments et les tiers-responsables*, Brussel, 1962.

SPILMAN, R., *Sens et portée de l'évolution de la responsabilité civile depuis 1804*, Brussel, 1955.

STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht*, Gent, 1962.

STORME, M., e.a., *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, 1980.

VANDENBERGHE, H., *De juridische betekenis van het concubinaat*, Gent, 1970.

VANDENBERGHE, H., e.a., *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, 1979.

VANDEPUTTE, R., *Beginselen van Nijverheidsrecht*, Antwerpen, 1938.

VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, 1977.

VANDEPUTTE, R., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIV, *Verzekeringsrecht*, Antwerpen / Amsterdam, 1978.

VANDEUR, M., *Schadeloosstelling volgens gemeen recht*, derde druk, Tongeren, 1979.

VAN DE VELDEN, A. en SCHAMP, H., *Arbeidsongevallen in de Privé-sektor*, Antwerpen, 1981.

VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, I, *Algemeen deel*, Antwerpen / Utrecht, 1973.

VAN HOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, drie delen, Gent, 1968.

VAN LANGENDONCK, J., DILLEMANS, R., e.a., *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en strafrecht, fiscaal recht, familierecht, arbeidsrecht, aansprakelijkheidsrecht*, I, Brussel, 1979.

VAN QUICKENBORNE, M., *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, Brussel, 1972.

VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, twee delen, Brussel, 1964.

VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, drie delen, Brussel, 1976-1981.

VAN STEENBERGE, J., *Schade aan de mens*, I, *Evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in het recht*, Antwerpen / Amsterdam, 1975.

VEROUGSTRAETE, I., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, 1979.

2. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

BERTEN, J., *De la compétence territoriale en matière de quasi-délits*, *R.G.A.R.*, 1951, 4774.

CAEYERS-DE HONDT, A.-M., *Het subrogatierecht van het ziekenfonds*, *R.W.*, 1978-79, 1673 e.v.

CANIVET, J., *De la réparation du préjudice des victimes ,,par ricochet''*, *J.T.*, 1963, 597 e.v.

CEREXHE, E., *La condamnation aux dépens, une sanction au refus de collaboration à l'administration de la preuve*, noot onder Kh. Luik, 3 febr. 1978, *R.Crit.J.B.*, 1979, 455 e.v.

CHABOT, R. en JACQUEMIN, A., *De l'influence des événements postérieurs au fait dommageable sur l'évaluation judiciaire des dommages-intérêts*, *Ann.F.Dr.Liège*, 1961, 281 e.v.

COPPENS, P., *Examen de la jurisprudence*, 1969-1974, *Les faillites et les concordats*, *R.Crit.J.B.*, 1974, 369-482.

CORNELIS, L., *Le dol dans la formation du contrat*, noot onder Cass., 2 mei, 1974, *R.Crit.J.B.*, 1976, 37 e.v.

CRICK, M., *L'élément ,,degré de la faute'' doit-il être pris en considération pour l'évaluation des dommages-intérêts, spécialement en matière de préjudice moral?*, *Belg.Jud.*, 1939, 417 e.v.

CUISINIER, E., *Le taux des intérêts légaux, R.G.A.R.*, 1937, 2531.

DABIN, J., *Les thèses de M. le Procureur Général Leclercq en matière de responsabilité civile, R.G.A.R.*, 1953, 1315.

DABIN, J., *Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel, en dehors du cas spécial des accidents du travail, Belg.Jud.*, 1935, 514 e.v.

DABIN, J., *Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de réparation des dommages en droit privé et en droit public, Ann.Rg.Sw.*, IX, 1948-49, blz. 7 e.v.

DABIN, J., *L'enfant naturel non reconnu et le droit à réparation en cas de mort par accident de l'un de ses auteurs*, noot onder Cass. Luik, 22 december 1953, *R.Crit.J.B.*, 1954, 164 e.v.

DABIN, J. en LAGASSE, A., *Examen de Jurisprudence*, 1955-59, *La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, R.Crit.J.B.*, 1959, 175-226.

DABIN, J., *Le devoir d'indemnisation en cas de troubles de voisinage*, noot onder Cass., 6 april 1960, *R.Crit.J.B.*, 1960, 286 e.v.

DABIN, J., *Les ayants droit de la victime, agissant en réparation de leur dommage personnel, peuvent-ils se voir opposer la faute commise par celle-ci?* noot onder Cass., 15 mei 1961, *R.Crit.J.B.*, 1962, 178 e.v.

DALCQ, R.O., *De l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants-cause agissant à titre personnel, R.G.A.R.*, 1963, 7092.

DALCQ, R.O., *L'indemnisation du préjudice corporel, J.T.*, 1969, 505 e.v.

DALCQ, R.O., *Cumul des indemnités avec le revenu ou la pension, Verz.*, 1970, 29 e.v.

DAVID, S., *De la nature juridique des cotisations patronales à la sécurité sociale, Bull.Ass.*, 1950, 719 e.v.

DAVID-CONSTANT, S., *Erosion monétaire en droit privé, Ann.F.Dr.Louvain*, 1977, 443 e.v.

DE BERSAQUES, A., *L'abus de droit en matière contractuelle*, noot onder Luik, 14 febr. 1964; *R.Crit.J.B.*, 1969, 501 e.v.

DE CEUSTER, J. en REICH, S., *Internationaal privaatrecht*, 1975-78, derde deel, *R.W.*, 1978-79, 2707 e.v.

DE FONTAINE, R. en LAFFINEUR, R., *Une concubine a-t-elle le droit de réclamer des indemnités en suite de la mort accidentelle de son concubin? Bull.Ass.*, 1944, 198.

DE GAVRE, J., *Contribution à l'étude des jeux et paris en droit civil: les articles 1965 et 1967 du code civil sont-ils applicables aux loteries?* noot onder Brussel, 27 jan. 1965, *R.Crit.J.B.*, 1968, 314 e.v.

DEKKERS, R., *Le dommage imprévisible, Ann.Not.Enr.*, 1955, 276 e.v.

DEKKERS, R., *De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve*, noot onder Luik, 31 jan. 1956, *R.Crit.J.B.*, 1959, 148 e.v.

DELNOY, P., *Pour une vision nouvelle de l'action oblique, Ann.F.Dr.Liège*, 1969, 437 e.v.

DELOOF, M.M., *Des effets de la subrogation légale de l'assureur-incendie, J.T.*, 1950, 288 e.v.

DELPÉRÉE, F., *L'obligation de réglementer*, noot onder Cass., 23 april 1971, *R.Crit.J.B.*, 1975, 9 e.v.

DELVA, W. en BAERT, G., *Personen- en Familierecht. Overzicht van rechtspraak*, 1960-63, *T.P.R.*, 1964, 351-481.

DEMEUR, M., *Accident occasionnant une maladie — Caractère délictuel? — Effets de l'acquittement sur l'action en dommages-intérêts — Prescription de l'action en paiement, Bull.Ass.*, 1924, 236 e.v.

DEMEUR, M., *A propos de la dévolution des dommages-intérêts attribués aux héritiers de la victime d'accident, Bull.Ass.*, 1928, 1029 e.v.

DE PAGE, H., *La relation causale en matière de responsabilité civile*, noot onder Cass., 5 maart 1953, en Brussel, 22 jan. 1955, *R.Crit.J.B.*, 1955, 192 e.v.

DERINE, R., *Hinder bij nabuurschap, preadvies, R.W.*, 1967-68, 1695 e.v.

DESOLRE, G., *Het cumuleren van de schadevergoeding met de opbrengsten eener levensverzekering, R.W.*, 1939-40, 807 e.v.

DE VROE, J., *De uitkeringen van de mutualiteit en haar mogelijkheden tot verhaal, R.W.*, 1966-67, 1697 e.v.

DE WASSEIGE, E., *Les indemnités allouées du chef d'immobilisation des véhicules accidentés. Y a-t-il lieu de maintenir le taux actuellement admis? Bull.Ass.*, 1939, blz. 945 e.v.

DE WILDE, L., *Art. 1382 B.W. en de terugvordering van betaalde patronale bijdragen*, noot onder Brussel, 30 juni 1972, *R.W.*, 1974-75, 878 e.v.

DE WILDE, L., *Concubinaat en rechtmatig belang, R.W.*, 1978-79, 1681 e.v.

DIDISHEIM, R., *La réparation du préjudice causé à la concubine et à l'enfant naturel non reconnu de la victime d'un accident, R.G.A.R.*, 1951, 731.

DILLEMANS, R., *Overzicht van rechtspraak. Schenkingen en Testamenten, T.P.R.*, 1965, 605-639.

DIRIX, E., *De schadebeperkingsplicht van de benadeelde*, noot onder Rb. Hasselt, 26 febr. 1979, *R.W.*, 1979-80, 2921 e.v.

DOR, G., *Force probante des déclarations fiscales en matière d'accidents de droit commun, Bull.Ass.*, 1940, 178 e.v.

DOR, G., *Transmissibilité ou intransmissibilité de l'action en réparation du dommage moral?, Bull.Ass.*, 1939, 778 e.v.

DOR, G., *Du payement sous forme de rentes, des indemnités dues du chef d'accidents de droit commun, Bull.Ass.*, 1931, 243 e.v.

DOR, G., *Les conséquences dommageables des accidents provoqués par le tamponnement de véhicules non éclairés, Bull.Ass.*, 1939, 5 e.v.

DUMON, F., *De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten, R.W.*, 1978-79, 257 e.v.

ELST, R., *Schadevergoeding wegens gemeen recht met of zonder inachtneming der wettelijke toekenning van sociale prestaties en vice-versa, R.W.*, 1969-70, 641 e.v.

FAGNART, J.L., *Chronique de Jurisprudence. La responsabilité aquilienne*, 1955-67, *J.T.*, 1970, 37-46, 109-114 en 130-135.

FAGNART, J.L., *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile*, 1955-69, Brussel, 1971.

FAGNART, J.L., *Chronique de Jurisprudence. La responsabilité civile*, 1968-75, *J.T.*, 1976, 569-633.

FONTAINE, M., *L'assurance collective et la distinction entre assurances de choses et assurances de personnes*, noot onder Cass., 31 okt. 1966, *R.Crit.J.B.*, 1969, 165 e.v.

FONTEYNE, J., *De l'avantage qui résulte, en cas de décès ou d'incapacité permanente, pour la victime ou ses ayants-droit, du versement immédiat d'un capital, R.G.A.R.*, 1928, 328.

FONTEYNE, J., *De la nature du dommage causé par les lésions physiques, R.G.A.R.*, 1953, 5203.

FONTEYNE, J., *Capital ou Rente, R.G.A.R.*, 1960, 6524.

FONTEYNE, M., *L'action ex haerede en réparation des dommages moraux du défaut, R.G.A.R.*, 1972, 8848.

FREDERICQ, S., COUSY, H. en ROGGE, J., *Overzicht van rechtspraak*, 1969-78, *Verzekeringen, T.P.R.*, 1981, 369-528.

GANSHOF, L.F., *La convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, J.T.*, 1974, 257 e.v.

GILOT, P., *De cumulatie van vergoedingen naar aanleiding van onvrijwillige doodslag, R.W.*, 1969-70, 1323 e.v.

GLANSDORFF, F., *Les conséquences de la dépréciation monétaire entre l'accident et le moment du jugement, R.G.A.R.*, 1980, 10-130.

GOEDSEELS, J., *Des éléments d'indemnisation en cas de décès rapide ou instantané des victimes d'accident, R.G.A.R.*, 1927, 95.

GOEDSEELS, J., *Du cumul des indemnités-accidents et des indemnités-assurances, R.G.A.R.*, 1931, 850.

GOFFIN, L., *La responsabilité de la C.E.C.A. du chef d'une faute de service, J.T.*, 1962, 689 e.v.

GOSSERIES, Ph., *Le choix entre l'action en répétition de l'indu et l'action subrogatoire en A.M.I. obligatoire, J.T.T.*, 1976, 157 e.v.

GOSSERIES, Ph., *La cour de cassation et l'art. 70, § 2 de la loi du 9 août 1963 sur l'A.M.I., J.T.T.*, 1981, 198 e.v.

GOSSERIES, Ph., *La jurisprudence de la cour de cassation en A.M.I. obligatoire*, 1970-82, *J.T.T.*, 1983, 149 e.v.

HEGER, M., *Le tétanos au point de vue médico-légal, Bull.Ass.*, 1929, 558 e.v.

HEGER, M., *Le ,,pretium doloris'', Bull.Ass.*, 1928, 38 e.v.

HEILIER, M., *Essai sur les intérêts, Rec.Jur.Nivelles*, 1969, 100 e.v.

HEMELEERS, G., *Des indemnités en cas d'accident. Rente ou capital, J.T.*, 1911, 745 e.v.

HENUSSE, E., *De la réparation des accidents de droit commun. Analyse de la jurisprudence relative à l'attribution et au calcul des dommages-intérêts, Bull.Ass.*, 1932, 638-710, 915-976.

HORION, P., *Les accidents du travail causés totalement ou partiellement par la faute d'un tiers, Bull.Ass.*, 1955, 161 e.v.

JANSSENS, A., *Les indemnités consécutives à un accident et le régime des biens réservés, Belg.Jud.*, 1938, 547 e.v.

KIRKPATRICK, J., *Le nouveau statut des dommages subis par répercussion,* noot onder Cass., 17 juni 1963, *R.Crit.J.B.,* 1964, 449 e.v.

LAGASSE, A., *A propos du cumul des indemnités, R.G.A.R.,* 1953, 5108.

LECLERCQ, J., *Het onverschuldigde in het sociale zekerheidsrecht, B.T.Soc.Z.,* 1976, 1-54 en 909-979.

LENG, W., *Question de la preuve des dommages subis en matière d'assurance automobile, Bull.Ass.,* 1928, 425 e.v.

LEVIE, G., *Aspect social et juridique du payement sous forme de rente, des indemnités dues du chef d'accidents de droit commun, J.T.,* 1958, 645 e.v.

LEVIE, G., *Quelle est la forme la plus adéquate du payement des indemnités dues du chef d'accidents de droit commun?, J.T.,* 1961, 399 e.v.

LIMPENS, J., *La faute et l'acte illicite en droit comparé,* in *Mélanges Dabin,* twee delen, Brussel / Parijs, 1963, blz. 723 e.v.

LUMAY, V., *La subrogation légale de l'organisme assureur A.M.I. et la prescription, J.T.T.,* 1973, 65 e.v.

MAHIEU, M., *A propos de l'option de la victime d'un accident du travail imputable à un tiers entre l'indemnisation de droit commun et l'indemnisation forfaitaire, J.T.,* 1974, 688 e.v.

MAINGIE, L., *Du calcul de l'indemnité de réparation en cas d'atteinte corporelle et de responsabilité civile, Bull.Ass.,* 1928, 374 e.v.

MARSCHAL, P. en HIRSCH, J.-L., *La loi du 7 juillet 1978 a-t-elle vraiment supprimé le droit d'option de la victime?, R.G.A.R.,* 1980, 10.221.

MATHIEU, R., *De samenloop van arbeidsongevallenvergoedingen met andere sociale prestaties of met een gemeenrechtelijke schadeloosstelling, B.T.Soc.Z.,* 1982, 165 e.v.

MATTHYS, J., *Tussenvordering, tegenvordering en tussenkomst voor het arbeidsgerecht, R.W.,* 1972-73, 537 e.v.

MAUSSION, F., *De l'incidence de la dépréciation monétaire sur la fixation des indemnités, spécialement en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique,* noot onder Cass., 20 sept. 1979, *R.Crit.J.B.,* 1982, 106 e.v.

MAYENCE, L., *La durée de la vie probable et les tables de mortalité, pour le calcul de l'indemnisation de la victime d'un accident de droit commun, R.G.A.R.,* 1933, 1372.

MOYAERT, G., *De verjaring der burgerlijke vordering tot schadevergoeding wegens schade, ingevolge verkeersongevallen, R.W.,* 1951-52, 678 e.v.

MOYAERT, G., *De rechten van de weduwe bij overlijden van haar echtgenoot t.o.v. de verantwoordelijke derde, R.W.,* 1959-60, 1337 e.v.

PASSEMECQ, M., *L'action aquilienne des administrations publiques à raison de leurs obligations vis-à-vis des victimes contre les auteurs responsables des accidents, Pand.Pér.,* 1938, 335 e.v.

PEERAER, W., *De wettelijke indeplaatsstelling in de Z.I.V., Inf.blad R.I.Z.I.V.,* 1973, 235 e.v.

PIRET, R., *En matière d'indemnité délictuelle, la loi du 29 avril 1935 relative aux effets de la dévaluation monétaire n'est qu'un rappel du droit commun, R.G.A.R.,* 1936, 2200.

PIRET, R., *Les troubles de voisinage et l'arrêt de cassation du 7 avril 1949, R.G.A.R.,* 149, 4432.

PIRSON, R. en DE VILLÉ, A., *Quelques remarques au sujet des prédispositions pathologiques, R.G.A.R.,* 1936, 2149.

POLLET, P., *Des dommages-intérêts pour procédures téméraires et vexatoires, J.T.,* 1950, 569 e.v.

RAS, H.E., *Betekenis van het E.E.G. executieverdrag voor de rechter van het land waar een onder het verdrag vallende zaak wordt aangebracht, T.P.R.,* 1975, 851 e.v.

REUMONT, E., *Les honoraires de l'avocat élément du dommage, J.T.,* 1958, 33.

ROEVENS, A., *Wanbedrijven in de branding; moet abortus worden gelegaliseerd? Moet overspel worden gepenaliseerd?* in *Recht in Beweging, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder René Victor,* twee delen, Antwerpen, 1973, blz. 799.

ROLIN, H., *Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code Civil),* Académie Royale de Belgique, *Bull. de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques,* vijfde reeks, dl. XIII, 1927, nr. 2, blz. 65 e.v.

ROUFFY, S., *De la prescription des actions en dommages-intérêts dirigées par les assurés sociaux contre leurs employeurs, R.G.A.R.,* 1951, 4889.

ROUFFY, S., *Les intérêts en matière de responsabilité, R.G.A.R.,* 1955, 5624.

SAUWEN, M.F., *Le chômage des véhicules, Bull.Ass.,* 1953, 30 e.v.

SCHILTZ, H., *Rente of kapitaal als vergoeding voor lichamelijke schade in gemeen recht, R.W.*, 1959-60, 1347 e.v.

SCHUERMANS, L., *Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling*, 1961-68, *T.P.R.*, 1969, 73-141.

SCHUERMANS, L. en LAVRYSSEN-VAN EUPEN, P., *Onrechtmatige daad en schadeloosstelling naar Belgisch I.P.R., T.P.R.*, 1974, 649-691.

SCHUERMANS, L., SCHRIJVERS, J., SIMOENS, D., VAN OEVELEN, A. en DEBONNAIRE, M., *Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling*, 1969-76, *T.P.R.*, 1977, 433-604.

SCHUERMANS, L., *A propos des rentes indexées, R.G.A.R.*, 1977, 9813.

SCHUERMANS, L., *Inflatie en vergoeding, R.G.A.R.*, 1979, 10.090.

SCORIELS, J., *Frais de défense en justice, R.G.A.R.*, 1966, 7736.

SIMOENS, D., *Overzicht van rechtspraak. Ziekte- en invaliditeitsverzekering (sept. 1973-sept. 1977), R.W.*, 1977-78, 1321-1340 en 1393-1406.

SIMOENS, D., *De nieuwe wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en de terugvordering van patronale R.S.Z.-bijdragen, R.W.*, 1978-79, 622 e.v.

SMITS, R., *Le taux des intérêts légaux, R.G.A.R.*, 1936, 2228.

SOETAERT, R., *Waarheid in het gewijsde*, in *Recht in Beweging, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder René Victor*, twee delen, Antwerpen, 1973.

SOREL, R. en MEZOT, J., *Pensions de réparation et responsabilité civile de l'état, J.T.*, 1956, 49 e.v.

STENGERS, M.-L., *Le rôle de la jurisprudence étrangère lors de l'application par le juge belge de la loi étrangère, J.T.*, 1975, 95 e.v.

STEVIGNY, G., *De bewijslast in het Belgisch proces, R.W.*, 1957-58, 128 e.v.

SUETENS-BOURGEOIS, G., *De onteigeningsvergoedingen, R.W.*, 1973-74, 2079 e.v.

SUETENS-BOURGEOIS, G., *Waardering bij onteigening, T.P.R.*, 1970, 33 e.v.

THOMAS, F., *Le point de départ de la débition des intérêts compensatoires, Bull.Ass.*, 1969, 173 e.v.

UGUEUX, G.A., *Le jugement de condamnation à des dommages-intérêts est-il déclaratif ou constitutif de droit?, R.G.A.R.*, 1938, 2595.

UGUEUX, G.A., *Le remboursement de la réserve mathématique provisoir par le tiers responsable en matière d'accidents de travail, Bull.Ass.*, 1951, 177 e.v.

VAN DE VELDE-WINANT, J., *Observations sur l'arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 2 décembre 1940, R.G.A.R.*, 1942, 3736.

VANDEURZEN, A., *Het einde van het optierecht bij arbeidsongevallen, Limb.R.*, 1978, 182 e.v.

VAN DIEVOET, E., *Onrechtmatige daad en burgerlijke verantwoordelijkheid in België en Nederland van 1804 tot 1936, R.T.*; 1936, 503.

VAN DIEVOET, G., *Het professioneel recht van de advokaat, T.P.R.*, 1968, 249 e.v.

VAN HECKE, G. en RIGAUX, F., *Examen de Jurisprudence, 1961-64, Droit international privé. Conflits de lois, R.Crit.J.B.*, 1965, 331-369.

VAN HECKE, G. en RIGAUX, F., *Examen de Jurisprudence, 1965-69, Droit international privé. Conflits de lois, R.Crit.J.B.*, 1970, 269-308.

VAN HOUTTE, J., *Cumulatie van vergoedingen, R.T.*, 1936, 518 e.v.

VAN LENNEP, R., *Aftrek van 10 t.h. van het kapitaal in zake schadevergoeding voor ongevallen van gemeen recht, R.W.*, 1936-37, 25 e.v.

VAN MULLEN, J., *L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations, Ann.F.Dr.Liège*, 1978, 57 e.v.

VAN OEVELEN, A., *Kroniek verbintenissenrecht* (Gerechtelijk jaar 1977-78), *R.W.*, 1979-80, 153-182.

VAN OMMESLAGHE, P., *Examen de Jurisprudence, 1968-73, Les obligations, R.Crit.J.B.*, 1975, 423-538 en 597-736.

VERHEYDEN-JEANMART, N., *Le droit à réparation de la concubine en cas de décès accidentel de son compagnon. A propos de l'arrêt de la cour de cassation du 19 décembre 1978, R.G.A.R.*, 1981, 10.412.

VEROUGSTRAETE, E., *Over de bepaling van de levensduur bij de begroting der vergoeding wegens onrechtmatige daad, R.W.*, 1954-55, 1089 e.v.

VEROUGSTRAETE, E., *Paradoxes du droit de la réparation, J.T.*, 1972, 13.

VOSKRESSENSKY, N., *La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, Chr. de Jurisprudence*, 1949-50, *J.T.*, 1951, 315 e.v.

WARLOMONT, R., *Le régime des responsabilités et l'interprétation de la loi dans les jurisprudences belge et française, Bull.Ass.*, 1950, blz. 709 e.v.
WETS, G., *Cumul ou non du traitement et de l'indemnité, Bull.Ass.*, 1952, 169 e.v.
WETS, G., *L'assureur-loi agréé pour le service de ses propres rentes et son recours contre le responsable, Bull.Ass.*, 1953, 337 e.v.

B. Duitsland

ENNECCERUS, L., KIPP, T. en WOLFF, M., *Recht der Schuldverhältnisse*, dertiende druk, door LEHMANN, H., Tübingen, 1950.
ESSER, J., *Schuldrecht*, I, vierde druk, Karlsruhe, 1970.
GEIGEL, R., *Der Haftpflichtsprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts*, vijftiende druk, München, 1972.
KNAPPE, H.J., *Das Problem der überholenden Kausalität*, Göttingen, 1954.
KNOEPFEL, G., *Billigkeit und Schmerzensgeld, A.c.P.*, 1956, blz. 135 e.v.
LANGE, H., *Zum Problem der überholenden Kausalität, A.c.P.*, 152 (1952), blz. 153 e.v.
LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, I (1953), II (1956).
LEHMANN, H., *Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Verpflichteten bei Bemessung der Höhe des Schmerzengeldes?*, noot onder B.G.H., 29 sept. 1952, *J.Z.*, 1953, blz. 40.
MACHLEID, W., *Zur Vorteilsausgleichung im Schadenersatzrecht — Die Ansprüche des Dienstberechtigten bei Arbeitsunfähigkeit des Dienstverpflichteten infolge eines unverschuldeten Verkehrsunfalles, J.Z.*, 1952, blz. 644 e.v.
MOORS, H., *Hypothetische Verursachung und Schadensberechnung, N.J.W.*, 1954, blz. 332 e.v.
NEUMANN-DUESBERG, H., *Einzelproblemen der überholenden Kausalität, J.Z.*, 1955, blz. 263 e.v.
NIEDERLAENDER, H., *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, A.c.P.*, 153 (1954), blz. 41 e.v.
PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, veertigste druk, München / Berlijn, 1981.
REIFFERSCHEID, A., BÖCKEL, E. en BENSELER, F., *Lexikon des Rechts*, Darmstadt, 1968.
ROSENBERG, L., *Die Beweislast*, derde druk, München, 1953.
SCHMIDT, R., *Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität, A.c.P.*, 152 (1952), blz. 112 e.v.
SERICK, R., *La responsabilité civile en droit allemand, R.Int.Dr.Comp.*, 1955, 560 e.v.
SIEBERT, W., *Schadenersatz und Lohnfortzahlung. Die Bedeutung der Lohnzahlung nach § 616 B.G.B. für Schadensersatzansprüche aus Verletzung eines Arbeitsnehmers durch Dritte, Festschrift für Heinrich Lehmann*, Berlijn, 1956, blz. 670 e.v.
SIEG, K., *Schadenersatz und Versorgung. Juristenzeitung*, 1954, blz. 337 e.v.
VON CAEMMERER, E., *Bereicherung und unerlaubte Handlung* (afdruk uit: *Festschrift für Ernst Rabel*, I, blz. 333 e.v.), Tübingen, 1954.
WUSSOW, W., *Das Unfallhaftpflichtrecht*, elfde druk, Keulen, 1972.

C. Frankrijk

1. ALGEMENE WERKEN, VERHANDELINGEN EN MONOGRAFIEËN

BATTIFOL, H. en LAGARDE, P., *Droit international privé*, twee delen, Parijs, 1974.
CARBONNIER, J., *Droit civil*, twee delen, Parijs, 1955-1957.
CATALA, P. en TERRE, F., *Procédure civile et voies d'exécution*, Parijs, 1976.
COLIN, A. en CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, drie delen, Parijs, I, 1947, II, 1953 en III, 1955.
DELIYANNIS, J., *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Parijs, 1952.
DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, vijf delen, Parijs, 1923-1933.
DORVILLE, A., *De l'intérêt moral dans les obligations. Étude de droit comparé sur le principe de réparation pécuniaire de dommages non-économiques*, Parijs, 1901.
DUPLICHOT, J., *De préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Parijs, 1969.
GARDENAT, L. et SALMON RICCI, *De la responsabilité civile (délits et quasi-délits)*, Parijs, 1927.

GARSONNET, E. en CÉZAR-BRU, Ch., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de Prud'hommes*, acht delen, Parijs, 1912-1925.

GIVORD, Fr., *La réparation du préjudice moral*, Parijs, 1938.

GUIHO, P., *Les recours contre l'auteur d'un dommage ouvrant droit à une indemnité d'assurance*, Parijs, 1951.

HALLER, M., *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*, Parijs, 1926.

HUGUENEY, L., *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle. Le Droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, II, blz. 249 e.v.

JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, Parijs, 1932-1933.

LALOU, H. en AZARD, P., *Traité pratique de la responsabilité civile*, zesde druk, Parijs, 1962.

LAROMBIÈRE, L., *Théorie et pratique des obligations*, zeven delen, Parijs, 1885.

LEGEAIS, R., *Les règles de preuve en droit civil, ,,Permanence et transformations''*, Parijs, 1955.

LE TOURNEAU, Ph., *La règle ,,nemo auditur''*, Parijs, 1970.

LE TOURNEAU, Ph., *La responsabilité civile*, Parijs, 1972.

MARTY, G. en RAYNAUD, P., *Droit civil*, zeven delen, Parijs, 1962-1973.

MAZEAUD, H., L. en J., *Leçons de droit civil*, Parijs, 1967.

MAZEAUD, H., L. en J. en TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, drie delen, zesde druk, Parijs, I, 1965, II, 1970 en III, 1978.

PENNEAU, J., *Faute et erreur en matière de responsabilité civile*, Parijs, 1973.

PIROVANO, A., *Faute civile et faute pénale*, Parijs, 1966.

PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, dertien delen, Parijs, 1925-1952.

PUECH, M., *L'illicéité dans la responsabilité extra-contractuelle*, Parijs, 1973.

RIPERT, L., *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Parijs, 1933.

RODIÈRE, R., *La responsabilité civile* (uittreksel uit: BEUDANT, Ch., *Cours de droit civil français*, deel IX*bis*), Parijs, 1952.

ROUBIER, P., *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Parijs, 1960.

SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tweede druk, Parijs, 1951.

SAVATIER, R., *La théorie des obligations*, tweede druk, Parijs, 1969.

SOLUS, H. en PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, twee delen, Parijs, 1961-1973.

SOURDAT, M.A., *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, twee delen, tweede druk, Parijs, 1872.

STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée à sa double fonction de garantie et de peine privée*, Parijs, 1947.

2. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

BARBIER, P., *Influence des circonstances atténuant la gravité de la faute sur l'étendue de droit à réparation en matière de responsabilité civile, J.C.P.*, 1947, I, 585.

BRAUD, J., *L'évaluation des dommages-intérêts en matière d'accidents corporels de droit commun, J.C.P.*, 1956, I, 1275.

BROUSSEAU, S., *L'indexation des rentes indemnitaires, J.C.P.*, 1973, I, 2562.

CAPITANT, H., *Le permis de séduire, Dall.Hebd.*, 1933, *Chr.*, 1 e.v.

CHABAS, F., *Bilan de quelques années de jurisprudence en manière de rôle causal, Rec.Dall.*, 1970, *Chr.*, XXV, 113 e.v.

CHARAF ELDINE, A., *Le droit à réparation de dommages corporels ,,stricto sensu'', résultant d'accident mortel, et sa transmission, Sem.J.*, 1974, I, 2647.

CHEVALIER, J., *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, R.Trim.Dr.Civ.*, 1962, 519 e.v.

DERRIDA, F., *L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation, J.C.P.*, 1951, I, 918.

DUPEYRON, H., *L'action collectif, Rec.Dall.*, 1952, *Chr.*, 153 e.v.

ESMEIN, P., *Trois problèmes de responsabilité civile (Causalité, Concours des responsabilités, Conventions d'irresponsabilités), R.Trim.Dr.Civ.*, 1934, blz. 316 e.v.

ESMEIN, P., *La faute et sa place dans la responsabilité civile, R.Trim.Dr.Civ.*, 1949, blz. 481 e.v.

ESMEIN, P., *La commercialisation du dommage moral, Rec.Dall.*, 1954, *Chr.*, blz. 113 e.v.

IVAINER, Th., *Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités, Rec.Dall.*, 1972, *Chr.* VII.

JEANTIN, M., *Les mesures d'instruction in futurum, Rec.Dall.*, 1980, *Chr.*, XXX, blz. 205-210.

KAYSER, P., *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, R.Trim.Dr.Civ.*, 1953, blz. 209 e.v.

LALOU, H., *Les ayants-droit à indemnité à la suite d'accidents mortels, Dall.Hebd.*, 1931, *Chr.*, blz. 21 e.v.

LALOU, H., *De la révision des indemnités pour accidents corporels de droit commun, Dall.Hebd.*, 1929, *Chr.*, blz. 5 e.v.

LALOU, H., *Déclaratifs? ou attributifs? (Caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile), Dall.Hebd.*, 1936, *Chr.*, blz. 69 e.v.

LE ROY, M., *La réparation du préjudice corporel: le problème doctrinal et le problème technique, Rec.Dall.*, 1958, *Chr.*, IV, 17 e.v.

MAZEAUD, H., *Les rentes ,,flottantes'' et la réparation des accidents, Rec.Dall.*, 1951, *Chr.*, 17 e.v.

MAZEAUD, H., *La lésion d'un ,,intérêt légitime juridiquement protégé'', condition de la réparation civile, Rec.Dall.*, 1954, *Chr.*, blz. 39 e.v.

MAZEAUD, L., *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit, R.Trim.Dr.Civ.*, 1929, blz. 17 e.v.

MEURISSE, R., *Dommages et intérêts compensatoires. Dommages et intérêts moratoires et mise en demeure, J.C.P.*, 1947, I, 667.

MEURISSE, R., *Le recours des administrations publiques débitrices de pensions d'invalidité contre les tiers responsables, Gaz.Pal.*, 1954, I, *Doctr.*, 40.

MIGNON, M., *La révision des rentes indemnitaires à durée indéterminée, Rec.Dall.*, 1973, *Chr.*, XVII, 129 e.v.

MORANGE, G., *Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs, Rec.Dall.*, 1948, *Chr.*, 105.

MORANGE, G., *L'evaluation du préjudice par les juridictions administratives, Rec.Dall.*, 1951, *Chr.*, 61 e.v.

MORANGE, G., *La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative, Rec.Dall.*, 1953, *Chr.*, 27 e.v.

MORANGE, G., *La réparation des accidents de personnes imputables à l'Administration, Rec.Dall.*, 1953, *Chr.*, 91 e.v.

NGUYEN THANH NHA, J., *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, R.Trim.Dr.Civ.*, 1976, 1 e.v.

RIPERT, G., *Le prix de la douleur, Rec.Dall.*, 1948, *Chr.*, 1 e.v.

SAVATIER, R., *Règles générales de la responsabilité, Rev.Crit.Lég. et Jur.*, 1934, 409 e.v.

SAVATIER, E., *Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile, R.Trim.Dr.Civ.*, 1938, 187 e.v.

SAVATIER, R., *Le dommage et la personne, Rec.Dall.*, 1955, *Chr.*, 5.

SAVATIER, R., *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?, Rec.Dall.*, 1970, XXVII, 123 e.v.

SAVATIER, R., *Les indemnités allouées aux victimes d'accidents corporels ne peuvent-elles, depuis la loi du 13 juillet 1963 consister en une rente viagère indexée?, J.C.P.*, 1972, I, 2443.

TUNC, A., *Le recours de la sécurité sociale et des collectivités publiques contre le responsable du dommage qui a entrainé leur intervention, R.Trim.Dr.Civ.*, 1955, 583 e.v.

D. Nederland

ASSER (SCHOLTEN), *Algemeen deel* (1934): *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, algemeen deel, tweede druk, Zwolle, 1934.

ASSER, I, 1 (WIARDA), *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, eerste deel, *Personenrecht*, eerste stuk, *Natuurlijke personen en familierecht*, negende druk, Zwolle, 1957.

ASSER-RUTTEN, I[4], *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. De verbintenis in het algemeen*, vierde druk, Zwolle, 1973.

ASSER-RUTTEN, III[5], *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. De verbintenis uit de wet*, vijfde druk, Zwolle, 1979.

BLOEMBERGEN, A.R., *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, 1965.

DOZY, F.B., *Onheils-opeenvolging, W.P.N.R.*, 1950, nr. 4148 e.v., blz. 333 e.v.
DRION, H., *Onrechtmatige daad*, vier delen, Zwolle, losbladig.
DROOGLEVER-FORTUYN, E., *Vergoeding van onstoffelijke schade bij onrechtmatige daad, W.P.N.R.*, 1943, nr. 3835, blz. 204 e.v.
HOFMANN, L.C., *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen*, negende druk, 1976.
HOUWING, Ph. A.N., noot onder Hoge Raad, 20 december 1950, *N.J.*, 1951, nr. 222.
KIST, J., *De leer der relatieve onrechtmatigheid, W.P.N.R.*, 1941, nr. 3734 e.v., blz. 301 e.v.
LANGEMEIJER, G.E., *De practische betekenis van de relativiteit der onrechtmatige daad, N.J.B.*, 1940, blz. 385 e.v.
LANGEMEIJER, G.E., *Beginsel en terminologie in de leer der onrechtmatige daad, N.J.B.*, 1940, blz. 534 e.v.
LANGEMEIJER, G.E., *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare betekenis voor de onrechtmatige daad, W.P.N.R.*, 1941, nr. 3706, blz. 1 e.v.
MAEIJER, J.M.M., *Matiging van schadevergoeding*, proefschrift, Nijmegen, 1962.
OVEREEM, R., *Smartegeld — Een rechtsvergelijkende beschouwing over de vergoeding van niet-economische schade*, Zwolle, 1979.
PITLO, A., *Bewijs en verjaring naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, derde druk, 1953.
POLAK, R.J., *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle, 1949.
POLAK, R.J., *Vervangingsschade bij onrechtmatige daad, N.J.B.*, 1950, blz. 705 e.v.
SCHUT, G.H.A., *Onrechtmatige daad*, Zwolle, 1979.
SLAGTER, W.J., *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 's-Gravenhage, 1952.
VAN BOESCHOTEN, C.D. en BLOEMBERGEN, A.R., *De omvang van de schadevergoeding bij wanprestatie en bij onrechtmatige daad* (twee verhandelingen), Zwolle, 1952.
VAN PRAAG, M.M., *Enkele opmerkingen t.a.v. het leerstuk der onrechtmatige daad en dat van het misbruik van recht*, Themis, 1950, blz. 515 e.v.
VAN PRAAG, M.M., *Het onopgeloste vraagstuk, W.P.N.R.*, 1952, nr. 4225 e.v., blz. 15 e.v.
VAN WASSENAAR, A.J.O., *Eigen schuld*, Groningen, 1971.
VERBURGH, M.J.P., BLOEMBERGEN, A.R., e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Boekenreeks N.J.B. 6, Zwolle, 1980.
WOLFSBERGEN, A., *Onrechtmatige daad*, Leiden, 1946.

E. Andere landen

BECHER, H.J., *Italienisches Zivilgesetzbuch* (1942), Berlijn / Tübingen, 1965.
BINGHAM, L., *Motor claims cases*, derde druk, Londen, 1955.
BURCKHARDT, C., *Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht — Zeitschrift für Schweizerische Recht*, vierentwintigste deel, Basel, 1903.
CASTEL, J.B., *The civil law system of the province of Quebec*, Toronto, 1962.
CLERK en LINDSELL, *Law of torts*, tiende druk, o.l.v. POTTER, H., Londen, 1947.
DARBELLAY, J., *Théorie générale de l'illicéité*, Fribourg, 1955.
EHRENZWEIG, A., *Negligence without Fault*, Berkeley / Los Angeles, 1951.
FUNK, F., *Commentaire du Code Fédéral des Obligations* (art. 1 à 350), Franse vertaling door PORRET, M.E. en PERREGAUX, G., Neufchâtel, 1930.
GLAINER, J., *Die Schadenberechnung bei der Ersatzpflicht aus Unerlaubter Handlung unter besonderer Berücksichtigung des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen*, Bern, 1935.
GOODHART, A.L., *The shock cases and area of risk, The Modern Law Review*, 1953, blz. 14 e.v.
GREGOIRE, P., *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Brussel, 1971.
GUHL, T., *Das Schweizerische Obligationenrecht*, vierde druk, Zürich, 1948.
JENK, *English civil law*, vierde druk door WINFIELD, P.H., e.a., I, Londen, 1947.
JOST, A., *Haftpflichtprozess in der Schweiz*, Bern, 1951.
KEMP, D. and KEMP, M.S., *The Quantum of Damages*, twee delen, vierde druk, Londen, 1975.
KIRSH, J., *Torts between Husband and Wife, Chicago-Kent Law Review*, 1952, blz. 343 e.v.
LAWSON, F.H., *Negligence in the Civil Law, Introduction and Select Texts*, Oxford, 1950.

LAWSON, F.H., *Quelques développements récents du droit anglais en matière de responsabilité civile, R.Int.Dr.Comp.*, 1950, blz. 84 e.v.

MAYNE, *Treatise on damages*, elfde druk door EARENGEY, W.G., Londen, 1946.

MC. GREGOR, H., *Mc. Gregor on damages*, Londen, 1972.

OFTINGER, K., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, twee delen, Zürich, 1940.

OSTERTAG, F., *Actes illicites — Fiches juridiques*, Genève, 1941-50, nr. 696 e.v.

PLANT, M.L., *Cases on the Law of Torts*, Indianapolis, 1953.

POLLOCK, *Law of Torts. A treatise of the principles of obligations arising from civil wrongs in the Common Law*, vijftiende druk door LANDON, P.A., Londen, 1951.

PROSSER, W.L., *Handbook of the Law of torts*, vierde druk, St. Paul, 1971.

PROSSER, W.L., *Selected topics on the Law of torts*, 1953.

ROWNTREE, H., *Common Law liability for accidental injury or damages*, zevende druk, Londen, 1951.

SALMOND, *Law of torts*, elfde druk door HEUSTON, R.F.V., Londen, 1953.

SZÖLLÖSY, P., *L'évaluation du dommage résultant de l'invalidité dans divers pays Européens*, Franse vertaling door TISSOT, Ch.-R., Zürich, 1974.

TUNC, A., *Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation, R.Int.Dr.Comp.*, 1953, blz. 5 e.v.

VON THUR, A., *Algemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, twee delen, Tübingen, 1924.

WINFIELD, P.H., *A text-book of the Law of torts*, vierde druk, Londen, 1948.

WINFIELD, P.H., *Select legal essays*, Londen, 1952.

WRIGHT, *Re Polemis, The Modern Law Review*, 1951, blz. 393 e.v.

ALGEMENE BESCHOUWINGEN

1.1 Voor de verbintenis tot schadeloosstelling uit onrechtmatige daad zijn drie bestanddelen vereist:

— Het eerste bestanddeel, volgens de tekst van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek, is de schuld. In de jongere rechtsleer en rechtspraak wordt dit bestanddeel aangeduid door onrechtmatige daad.

Deze woorden schuld en onrechtmatige daad worden dan ook naar Belgisch recht over het algemeen als synoniemen gebruikt (zie o.m. noot D.H. onder Cass., 16 december 1920, *Pas.*, 1921, I, 65; RENARD, noot onder Cass., 18 januari 1945, *R.Crit.J.B.*, 1947, 88; J. LIMPENS, *La faute et l'acte illicite en droit comparé*, in *Mélanges Dabin*, 1963, II, 723, nr. 6, voor wie het begrip onrechtmatigheid niets toevoegt aan het begrip schuld; *anders:* DE PAGE, II, nr. 939 e.v., voor wie de onrechtmatigheid toegevoegd wordt aan de bestanddelen van de aansprakelijkheid).

In de meest recente wetboeken, waarin de bepaling van art. 1382 werd overgenomen, is afzonderlijk de nadruk gelegd op de onrechtmatigheid, door dit begrip in het voorschrift zelf op te nemen (art. 41 O.R.; art. 1401 Ned. B.W. en art. 6.3.1. Nieuw Ned. B.W.). Dit leidt er dan tot een onderscheid tussen de begrippen onrechtmatigheid („een inbreuk op een recht of een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond": art. 6.3.1.1., tweede lid, Nieuw Ned. B.W.) en schuld.

De grenslijn tussen beide begrippen ligt meestal aldus dat de onrechtmatigheid de laakbaarheid van de daad betreft, terwijl dan de schuld betrekking heeft op de verwijtbaarheid van de dader (H. DRION, *Onrechtmatige daad*, I, nr. 243-1 en 241-2; zie ook J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité*, 1955, blz. 7 e.v. en blz. 184; J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, 1952, blz. 154, nr. 4; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité extracontractuelle*, 1973, nr. 110, blz. 108, *vgl.* H.R., 9 dec. 1960, *N.J.*, 1963, nr. 1).

Deze schuld is, naar gelang van de omstandigheden, het gevolg van een onrechtmatig doen (art. 1382 B.W.) of laten (art. 1383 B.W.) van de aangesprokene zelf of van de personen voor wie hij moet instaan (art. 1384 B.W.) of nog van een vermoede aansprakelijkheid van de bewaker van een met gebrek behepte zaak (art. 1384, eerste lid, B.W.), van de bewaker van een dier (art. 1385 B.W.) en van de eigenaar van een ingestort gebouw (art. 1386 B.W.).

— Vervolgens is schade in hoofde van de aanspraakmakende persoon vereist (zie verder, nr. 2).

— Tenslotte moet het oorzakelijk verband tussen de schuld en de schade vaststaan.

Over dit begrip raadplege men: VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid, Brussel 1972;* J.L. FAGNART, *Chronique de Jurisprudence. La responsabilité civile*, 1968-75, nr. 13-32, Cass., 12 feb. 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 566; *Pas.*, 1971, I, 537; Cass., 9 juni 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 951; *Pas.*, 1972, I, 934; Cass., 18 juni 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 1015; *Pas.*, 1973, I, 968; Cass., 15 okt. 1973, *Arr.Cass.*, 1974, 177; inz. Cass., 9 maart 1984, *onuitg.*

1.2 Deze verhandeling heeft slechts tot voorwerp de actieve zijde van de

verbintenis, d.w.z. de aanspraak uit onrechtmatige daad en haar voldoening, m.a.w. de schade en de schadeloosstelling.

Nochtans moet er van meet af aan met nadruk op gewezen worden dat het onderscheid tussen de drie vermelde bestanddelen — schuld, schade en oorzakelijk verband — in menig geval toch niet zal toelaten dat zij in de concrete werkelijkheid van een behandeld geschil zouden gescheiden blijven. De gegrondheid van de rechtsvordering tot schadeloosstelling onderstelt dat zij samen aanwezig zijn, terwijl de werkelijkheid complex is. Sommige vraagstukken die logisch tot het leerstuk van schade en schadeloosstelling behoren, kunnen, terecht of ten onrechte, benaderd worden van uit het standpunt van de schuld of van het oorzakelijk verband.

Zo kan, b.v., zoals verder zal blijken, het betwiste vereiste van voorzienbaarheid van de schade, zowel besproken worden als een beperking van de te vergoeden schade, zowel als een toetssteen of zelfs als een bestanddeel van het oorzakelijk verband, of, ten slotte, als het criterium van schuld (*vgl.* ASSER/RUTTEN, blz. 536 e.v.).

Hetzelfde zal opgemerkt worden bij de keuze tussen de theorie van de relatieve onrechtmatigheid en het stelsel van de absolute onrechtmatigheid.

Het zal voorkomen dat de zekerheid van de schade betwist wordt in een bepaald geval, terwijl hetzelfde geval voor een andere rechtbank aanleiding zal geven tot betwisting nopens het oorzakelijk verband (*vgl.* DABIN/LAGASSE, *Examen de jurisprudence, 1959-1963, R.Crit.J.B.*, 1964, 330; DE PAGE, *R.Crit.J.B.*, 1955, 196; L. DE WILDE, *Artikel 1382 B.W. en de terugvordering van betaalde patronale bijdragen*, noot in *R.W.*, 1974-75, 878).

Men mag derhalve nooit de samenhang van de hier behandelde vraagstukken in het gehele leerstuk van de onrechtmatige daad vergeten. De zin voor samenhang zal er dan ook, bij de behandeling van menig probleem, toe leiden de voorgestelde oplossing te toetsen aan het ene of het andere vereiste van de aansprakelijkheid, vooral dit van het oorzakelijk verband.

Dit is overigens, zoals verder nog zal blijken, het gevolg van de causale aard van het schadebegrip zelf (zie verder, nr. 22).

2.1 In artikel 1382 B.W. wordt ondersteld dat samen aanwezig zijn alle bestanddelen van de aansprakelijkheid; nl. schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt.

De schade is in logische orde het eerste en het wezenlijke bestanddeel van aanspraak en aansprakelijkheid (DABIN/LAGASSE, *Examen de jurisprudence*, 1959-1963, *R.Crit.J.B.*, 1964, 306, nr. 84; R.O. DALCQ, II, nr. 2817; Id., *Examen de jurisprudence, 1963-67, R.Crit.J.B.*, 1968, 342, nr. 76; DE PAGE, II, nr. 949; J.L. FAGNART, *La responsabilité civile, J.T.*, 1976, 571, nr. 6; L. SCHUERMANS, *Overzicht van rechtspraak*, 1961-68, *T.P.R.*, 1969, 74, nr. 1; en 1969-76, *T.P.R.*, 1977, 436, nr. 1; MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 208; Brussel, 30 juni 1959, J.Port Anv., 1962, 107; Luik, 20 juni 1967, motieven, *J.Liège*, 1967-68, 178).

Zij is een onmisbare voorwaarde van aansprakelijkheid en verschaft tevens de enige maat van de aanspraak. Inderdaad, hoe wederrechtelijk of immoreel een handeling of verzuim ook zijn, nooit kan de dader tot enige vergoeding gehouden zijn, indien hij door zijn doen of laten geen schade aangericht heeft. Wat zou hij immers anders moeten vergoeden dan de schade?

2.2 Hierin komt de scherpe scheiding tussen de publiekrechtelijke strafvordering en de privaatrechtelijke herstelvordering tot uiting.

De eerste onderstelt, — op enkele uitzonderingen na, waar de schade een bestanddeel van het misdrijf is (*vgl.* art. 418-420 Sw.; 521 e.v. Sw.) — geen schade opdat de wederrechtelijke daad zou gestraft worden.

Maar, omgekeerd, is een misdrijf onvoldoende, opdat een aanspraak uit onrechtmatige daad zou ontstaan. Daartoe moet er een slachtoffer zijn, dat schade geleden heeft (DEMOGUE, *Obligations*, IV, 27, nr. 385; L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, 1933, 155 en 163; MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 208; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 1972, nr. 253; R.O. DALCQ, I, nr. 8; VANHOUDT/CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, III, nr. 1872.

Over het vereiste van schade als bestanddeel van de contractuele aansprakelijkheid — behoudens boetebeding (Cass., 16 jan. 1947, *Pas.*, 1947, I, 16) — raadplege men MAZEAUD/TUNC, 1965, I, nr. 211 e.v.; Ph. LE TOURNEAU, *a.w.*, nr. 252.

2.3 Omdat er geen aansprakelijkheid is wanneer schade ontbreekt, zal de schuld van een advocaat, notaris, gerechtsdeurwaarder, hypotheekbewaarder e.d.m. tot geen schadeloosstelling aanleiding kunnen geven, wanneer blijkt dat uit de schuld of uit de nietigheid van de akte geen schade gevolgd is (zie o.m. LAURENT, XX, blz. 412, nr. 391; L. RIPERT, *a.w.*, blz. 163; SAVATIER, II, 422, nr. 806; Ph. LE TOURNEAU, *a.w.*, I, nr. 253; RESTEAU, *Sociétés Anonymes*, nr. 267; *Rep.P.Dr.B., Hypothèques et privilèges immobiliers*, nr. 3435 e.v.; Brussel, 12 juli 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4318; Rb. Gent, 23 maart 1949, *Rec.Gén.Enr.Not.*, 18984, 105; Rb. Brussel, 10 juli 1951, *R.G.A.R.*, 1952, 4950; Rb. Luik, 7 febr. 1963, *J.Liège*, 1963-64, 251; zie ook art. 861 Ger.W.

Er zou bijvoorbeeld geen schade vaststaan wanneer een akte die ten gevolge van de schuld van een notaris als authentieke akte nietig is, toch als onderhandse akte geldig is en volstaat (SAVATIER, II, blz. 429, nr. 812). De cliënt wiens belangen aldus niet benadeeld werden, zal hiervoor geen schadeloosstelling kunnen vorderen, hoezeer ook de schuld van de notaris gebleken is.

Wanneer een geneesheer een getuigschrift aflevert dat tot collocatie van een patiënt leidde, zonder persoonlijk deze patiënt te hebben onderzocht, is er geen schade en derhalve geen aanspraak, indien blijkt dat de collocatie toch nodig was (Brussel, 24 febr. 1971, *Pas.*, 1971, II, 164).

Evenmin kan een aanbesteder aanspraak maken op schadevergoeding indien hij afgewezen werd op grond van een onregelmatigheid in de aanbesteding omdat niet bewezen wordt dat zonder de onregelmatigheid de aanbesteding toch aan hem zou toegewezen zijn (Brussel, 10 dec. 1963, *J.T.*, 1964, 147).

Wanneer ten aanzien van de verzekering tegen ziekte en invaliditeit, een werknemer geen behoefte gehad heeft aan enige tussenkomst van de verzekeraar, kan hij geen aanspraak laten gelden tegen zijn werkgever die naliet de afhoudingen op het loon of patronale bijdragen aan de R.S.Z. af te dragen (art. 195, 195*bis*, 201, K.B. 4 november 1963 tot uitvoering van de Wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering; W.R. Ber. Luik, 30 juni 1951, *J.T.*, 1952, 26; *Pas.*, 1951, III, 119; S. DAVID, *De la nature juridique des cotisations patronales à la sécurité sociale, Bull.Ass.*, 1950, 727; *Rep.P.Dr.B., Travail (Sécurité sociale)*, nr. 119).

In dezelfde geest — doch op het vlak van de contractuele aansprakelijkheid — kan melding gemaakt worden van artikel 101 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, dat een uitwinningsvergoeding toekent aan de handelsvertegenwoordiger die na een tewerkstelling van minimum één jaar, zonder dringende reden door de werkgever ontslagen wordt, tenzij deze bewijst dat uit de beëindiging van de overeenkomst geen enkel nadeel voortspruit voor de vertegenwoordiger. Zo kan er geen schade bewezen zijn indien de bezochte cliënten verder worden bezocht, hetzij voor eigen rekening, hetzij voor rekening van een derde (zie reeds art. 15 van de vroegere Wet van 30 juli 1963 tot instelling van het statuut der handelsvertegenwoordigers; W.R. Ber. Gent, Bediendenkamer, 10 jan. 1967, *T.Soc.R.*, 1967, 71; *vgl.* ook Kh. Dendermonde, 7 juli 1971, *R.W.*, 1972-73, 672).

2.4 In vele dergelijke gevallen zal de eis te recht of ten onrechte, ongegrond verklaard worden wegens gemis aan oorzakelijk verband tussen schuld en schade (*vgl.* DE PAGE, *R.Crit.J.B.*, 1961, blz. 168; R.O. DALCQ, II, nr. 2553 e.v.; Cass., 16 dec. 1968, *Arr.Cass.*, 1969, 377; *Pas.*, 1969, I, 356). Aldus het geval van de nietigheid van een testament tengevolge van de nalatigheid van een notaris. Later blijkt dat de akte niet alleen wegens het vormgebrek, maar ook wegens een wilsgebrek bij de erflater geen uitwerking kon hebben. Men kan zowel oordelen dat de nietigheid geen schade veroorzaakte dan dat de schade door een volledige vreemde oorzaak veroorzaakt werd (DEMOGUE, *Obligations*, IV, blz. 7, nr. 368; wat de verloren kans betreft, zie verder, nr. 103 e.v.). Zo ook het geval van de verzekeringsmakelaar die naliet tijdig een aangifte van autodiefstal over te dragen aan de verzekeringsmaatschappij, tengevolge waarvan deze weigerde de vergoeding uit te betalen, terwijl kwam vast te staan dat deze vergoeding toch niet zou uitbetaald zijn geweest ingevolge een eigen grove schuld van de verzekerde (Brussel, 9 december 1968, *R.G.A.R.*, 1969, 8482; *Pas.*, 1969, II, 47; *vgl.* Brussel, 19 maart 1955, *Pas.*, 1957, II, 6).

2.5 Dat de vraagstukken betreffende het oorzakelijk verband en die, betreffende de zekerheid van de schade, dikwijls door elkaar lopen is begrijpelijk, wegens het causale en hypothetische karakter van het schadebegrip zelf (zie verder, nr. 22 *in fine*).

Is schade een voorwaarde van aansprakelijkheid, dan is zij ook in menig opzicht de voornaamste.

Men heeft zelfs de onrechtmatigheid willen bepalen als een inbreuk op de plicht om aan zijn evennaaste geen schade toe te brengen (DOMAT, *Les lois civiles*, Liv. III, *inleiding tot titel IV*; Id., *seconde partie, Les héritiers en général*, Liv. I, Titel I, sectie X, *in fine*; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, eerste druk, I, 49 e.v., nr. 35; PROSSER, *Handbook of the law of torts*, derde druk, 1964, blz. 4; in deze zin ook: Rb. Arlon, 27 febr. 1965, *J.Liège*, 1964-65, 204).

Het Hof van Cassatie maakt duidelijk het onderscheid tussen het vereiste van een onrechtmatige daad en het vereiste van de eruit volgende schade. Het uitoefenen van een activiteit die aan een ander schade kan veroorzaken, ja, zelfs het veroorzaken ervan is niet noodzakelijk een fout in de zin van de art. 1382 en 1383 B.W. (Cass., 4 okt. 1974, *Pas.*, 1974, I, 124; *Arr.Cass.*, 1974, 135; Cass., 6 mei 1963, *Pas.*, 1963, I, 943).

In elk geval, de wet strekt tot herstel van de schade. Het burgerlijk recht wil immers niet de inbreuken op de moraal tegengaan noch bestraffen, doch streeft naar herstel van de schade die uit een onrechtmatige daad is ontstaan.

Een grondregel van het Belgisch recht omtrent aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, — zoals trouwens in het recht van de meeste moderne landen, — zal als volgt kunnen geformuleerd worden: Schadeloosstelling strekt tot vergoeding, niet tot straf (zie verder, nr. 268).

De schade is dan ook het gemeenschappelijk bestanddeel van alle gevallen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zowel bij bewezen onrechtmatige daad (art. 1382-1383 B.W.) als bij vermoede aansprakelijkheid (art. 1384-1386 B.W.).

De wetgever is zozeer op zoek gegaan naar een schuldenaar van de schadeloosstelling — door o.m. in bepaalde gevallen (art. 1384-1386 B.W.) de schuld van de aangesprokene, of, juister, zijn aansprakelijkheid zelf te vermoeden, of door een tweede schuldenaar aan de aansprakelijke toe te voegen, — dat nagelaten werd voorschriften uit te vaardigen ten aanzien van het begrip van de schade en van de schadeloosstelling. De wordingsgeschiedenis laat zeer duidelijk deze strekking uitschijnen (zie LOCRÉ, VI, 276, nr. 11, 287, nr. 19; 208, nr. 9: „La loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre" en nr. 10; *vgl.* ook TOULLIER, IV, blz. 87, nr. 179).

3 Indien de schade logisch het eerste bestanddeel is van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, dan komt zij in de chronologische orde na de onrechtmatige daad, waardoor zij is veroorzaakt. De schade kan op een later ogenblik ontstaan dan het ogenblik van de onrechtmatige daad (Cass., 13 juli 1939, *Pas.*, 1939, I, 366; Cass., 23 sept. 1957, *Pas.*, 1958, I, 35; Cass., 22 nov. 1971, *Pas.*, 1972, I, 290; zie verder, nr. 144 e.v.).

Ofschoon van meet af aan de onrechtmatigheid vaststaat, — gebeurlijk zelfs een strafbare inbreuk, — zal de aanspraak op schadeloosstelling pas uit de zekerheid van de schade ontstaan.

Ten aanzien van het vereiste oorzakelijk verband kan hieruit geen vraagstuk oprijzen. Inderdaad, het kortere of langere tijdsverloop, tussen het ogenblik van het onrechtmatig doen of laten aan de ene kant en aan de andere kant, dit waarop de schade ontstaat, kan, op zich zelf, geen belang vertonen.

Er is alleen vereist dat het later ontstane nadeel op noodzakelijke wijze veroorzaakt is door de onrechtmatige daad of het onrechtmatig verzuim (*vgl.* DEMOGUE, IV, 3, nr. 366, *in fine;* J. DABIN, *La relation de cause à effet entre la faute et le dommage dans la responsabilité extracontractuelle, R.Crit.J.B.*, 1961, blz. 168).

Maar vanaf het ogenblik waarop de zekerheid van actuele of toekomstige schade, als gevolg van de onrechtmatige daad, bestaat, zijn alle vereisten van artikel 1382 B.W. vervuld, en is meteen de aanspraak van de benadeelde ontstaan (art. 18 Ger.W.).

Hieruit volgt dat pas van dat ogenblik af, de verjaring van de vordering begint te lopen en het slachtoffer over het vermogen beschikt om maatregelen te treffen tot bewaring van zijn recht op schadeloosstelling (Cass., 23 sept. 1957, *Pas.*, 1958, I, 35; Cass.fr., Ch.mixte, 26 febr. 1971, met de conclusie van LINDON, *Rec. Sirey*, 1971, *Jur.*, 2411; zie verder, nr. 151 e.v.); dat hij niet op het vonnis moet wachten om zijn recht jegens de failliete boedel te laten gelden en dat het gerechtelijk akkoord, door de aansprakelijke bekomen, na zijn onrechtmatige daad de schuldvordering van de aanspraakmakende persoon beheerst, ook al wordt zij pas na het concordaat door een vonnis toegewezen (zie verder, nr. 157); dat de herstelvordering vóór het vonnis vatbaar is voor overdracht en beslag, behoudens de gevallen van onaantastbare rechten op herstel van persoonsschade (zie verder, nr. 159 e.v.); dat in principe de wet die van toepassing was ten tijde van de onrechtmatige daad, ook verder de omvang van de schadevergoedingsplicht blijft regelen, zelfs wanneer de schade later ontstaat, na een wijziging van de wet en voor zover deze desbetreffende geen retroactieve bepaling bevat (art. 2 B.W.; W. VAN GERVEN, *Beginselen*, I, 62; DE PAGE, I, 278, nr. 231; P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 1960, 188-189; Cass., 5 febr. 1970, *Pas.*, 1970, I, 487, met de conclusie van GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Arr.Cass.*, 1970, 522).

De schade kan ook op een andere plaats ontstaan dan die waar de schuldige daad of het verzuim verricht werd.

Dit kan gevolgen hebben ten aanzien van de plaatselijke bevoegdheid. Luidens art. 624 Ger.W. is o.m. bevoegd de rechter van de plaats waar de verbintenis, waarover het geschil loopt, is ontstaan, derhalve de plaats waar de schade ontstond; ook art. 7 van de Wet van 1 juli 1956 inzake verplichte aansprakelijkheidsverzekering motorvoertuigen bepaalt de bevoegdheid ofwel van de rechter van de plaats waar de schade ontstond, ofwel van de woonplaats van de benadeelde, ofwel van de vestigingszetel van de verzekeraar (zie verder, nr. 179 e.v.).

Ten aanzien van de toepasselijke wet blijkt de plaats waar de onrechtmatige daad of het schuldig verzuim gepleegd werd, volgens de heersende opvatting bepalend te zijn, met uitsluiting van de plaats waar de schade ontstond.

Maar de vraag bleef betwist zodat op de elfde zitting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht (1968) een verdrag werd opgemaakt betreffende de rechterlijke en de wetgevende bevoegdheid inzake onrechtmatige daden (Wet van 10 februari 1975, houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg, opgemaakt te 's-Gravenhage op 4 mei 1971): Het verdrag stelt de wet van de plaats van het ongeval als algemene conflictenregel met één uitzondering wanneer alle partijen bij het ongeval tot een ander land behoren dan dat op het grondgebied waarvan het ongeval heeft plaatsgehad. In dit geval worden de verbintenissen die uit het feit voortvloeien, bepaald door de wet van het land waar de gevolgen zich voordoen (zie verder, nr. 182 e.v.; L.F. GANSHOF, *La convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, J.T.*, 1974, 257).

TITEL I

DE SCHADE

HOOFDSTUK I

HET BEGRIP SCHADE

AFDELING I

HET VRAAGSTUK

4 De ontwerpers van het Burgerlijk Wetboek hebben bij de regeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de artikelen 1382 B.W. en volgende geen bepaling gegeven van wat schade is; evenmin werd dit in buitenlandse jongere wetboeken gedaan (*vgl.* art. 1401 e.v. Ned B.W.; art. 41 e.v. O.R.; art. 2043 e.v. C.civ.it.).

Bij de bespreking van het ontwerp-Code Civil werd het begrip als volgt omschreven: „Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi; tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemnisera la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés." (TARRIBLE, *rede tot het Corps législatif,* 19 Pluviôse jaar XII in: LOCRÉ, VI, blz. 287, nr. 19).

Deze opsomming verschaft evenwel geen bepaling van het schadebegrip.

Er is dus een leemte en wel een bewuste leemte in de wet, waardoor aan de feitenrechter de ruimste mogelijkheid gelaten wordt om in elk concreet geval afzonderlijk na te gaan of er schade is. DOMAT, aan wie de tekst van artikel 1382 B.W. ontleend is, evenals POTHIER, en de redenaars tijdens de besprekingen van het ontwerp, gebruiken door elkaar de woorden *tort, dommage, perte, mal, intérêt* (DOMAT, *Les lois civiles,* II, VIII, IV, 1; POTHIER, *Obligation,* nr. 116; LOCRÉ, VI, 280, nr. 9, en 287, nr. 19).

Door schade werd dus ogenschijnlijk niets anders bedoeld dan: elk nadeel, verlies of krenking van enig belang (DALCQ, II, nr. 2814 e.v.; over een mogelijke schakering tussen de Franse woorden *préjudice, dégât, tort, perte: vgl.* J. FONTEYNE, *De la nature du dommage causé par les lésions physiques, R.G.A.R.,* 1953, 5203; zie verder: DABIN/LAGASSE, *Examen de jurisprudence,* 1955-59, *R.Crit.J.B.,* 1959, 259, nr. 107).

5.1 Volgens het gewone spraakgebruik, dat bij het ontbreken van enige wettelijke bepaling voor de verklaring van de woorden van de wet als eerste richtlijn

geldt (Cass., 3 jan. 1962, *Pas.*, 1962, I, 514; Cass., 2 okt. 1973, *Pas.*, 1974, I, 112; *Arr.Cass.*, 1974, blz. 123), is schade elk nadeel, elk verlies, elke vermindering van iemands vermogen, zijn goederen, zijn persoon.

Hieruit werd afgeleid dat de schade vastgesteld wordt door de vergelijking tussen twee toestanden: de toestand vóór het schadegeval en deze waarin de benadeelde zich zou bevinden, indien het schadegeval niet gebeurd zou zijn (zie o.m. ASSER/RUTTEN, IV-1, 1973, blz. 186; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* nr. 12; *Rep.P.Dr.B., Expropriation pour cause d'utilité publique,* nr. 571 met de aldaar aangehaalde bepaling van PICARD; Cass.fr.civ., 9 mei 1972, *Rec.Dall.*, 1972, 167; Cass., 2 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, 906; *Arr.Cass.*, 1974, 963).

5.2 Nauwkeuriger wordt de schade ontleed als de uitkomst van de vergelijking tussen twee toestanden: de huidige toestand van de benadeelde zoals hij door de onrechtmatige daad veroorzaakt is, en de hypothetische toestand waarin hij verder gebleven zou zijn, moest het schadegeval zich niet hebben voorgedaan, de waarde van de aanspraak buiten beschouwing gelaten. Het verschil bepaalt de schade (ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* dertiende druk, 1950, § 14, blz. 56).

Hieruit volgt dat wanneer deze vaststelling op de benadeelde zelf overgedragen wordt, de schade zeer terecht kan bepaald worden als de krenking van het belang van de benadeelde bij het niet intreden van het schadegeval, of nog, bij het onveranderde voortbestaan en de normale ontwikkeling van de door de onrechtmatige daad gewijzigde toestand (BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 8 e.v.; H. DRION, *Onrechtmatige daad,* II, 3, nr. 4 e.v.

De vraag wordt hier voorlopig beperkt tot de vermogensschade. De uitbreiding van het primaire schadebegrip tot het niet op geld waardeerbare nadeel, — de extrapatrimoniale schade, — wordt verder afzonderlijk behandeld (nr. 606 e.v.).

In het begrip schade ziet BLOEMBERGEN een causaal element, een element van vergelijking en een hypothetisch element. De schade is altijd het gevolg van een zekere gebeurtenis; het is een nadelige verandering, die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest (*a.w.*, nr. 12). In die mate bevat de schade, volgens BLOEMBERGEN, een causaal element.

Vergelijkings- en hypothetisch element zijn innig verbonden mits BLOEMBERGEN stelt dat men om een zuiver schadebeeld te krijgen niet moet ,,vergelijken met de toestand, zoals die zonder de onrechtmatige daad was, maar met de toestand, zoals die zonder de onrechtmatige daad zou zijn geworden'' (*a.w.*, nr. 14). Schade kan dus steeds volgens deze auteur, vermogensvermindering en ook ideëel nadeel betekenen (*a.w.*, nr.18).

6 Aldus bepaald is het schadebegrip van louter feitelijke aard.

In dit verband ontstaat de rechtsvraag, daar waar aan een begrip een bepaling gegeven wordt, of moet gegeven worden (zie J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* Brussel, 1954, blz. 38, nr. 9 e.v.).

Het Hof van Cassatie oefent inderdaad toezicht uit op de bepaling van de begrippen, in die zin, dat het Hof nagaat of de feitenrechter bij gebrek aan enige wettelijke bepaling, het begrip bepaald heeft in de gebruikelijke betekenis van het woord (vaststaande rechtspraak: zie o.m. Cass., 27 november 1950, *Pas.*, 1951, I, 180 met de conclusie van HAYOIT DE TERMICOURT; *R.Dr.Pén.*, 1950-51, 653 met noot; Cass., 27 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1220; Cass., 28 okt. 1963, *Pas.*, 1964, I, 220; Fr. RIGAUX, *La nature du contrôle de la cour de cassation,* 1966, nr. 154).

De rechtsvraag ontstaat terzake met het toetsen van de door de rechter vastgestelde schade, aan de gebruikelijke betekenis van het schadebegrip, d.w.z. — nu de wet de schade niet op daarvan afwijkende wijze bepaalde — aan de algemene feitelijke betekenis van wat als schade mag en dient erkent te worden, m.a.w. wat als schade mag omschreven worden.

Omdat het onderzoek naar het begrip schade niets anders zou zijn dan een interpretatie van het woord schade in art. 1401 Ned. B.W. (art. 1382 B.W.), is volgens sommigen schade een juridisch begrip (BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 9; *anders:* J.M. MAEIJER, *Matiging van schadevergoeding, proefschr.* Nijmegen, 1962, blz. 52 e.v.).

Nochtans moet BLOEMBERGEN ook toegeven dat de enige weg voor de interpretatie van het begrip schade er in bestaat na te denken over het begrip schade zoals dat in het dagelijks leven gebruikt wordt (*a.w.*, nr. 10).

Ten aanzien van de praktijk moet de vraag dan ook daartoe herleid worden of, ondanks het ontbreken van elke beperkende bepaling in de wet, het schadebegrip nader, en dus beperkender wijze dient of mag omschreven worden, dan in de gebruikelijke betekenis van het woord.

7 Twee systemen staan hier regelrecht tegenover elkaar. In het eerste komt alle schade, door de onrechtmatige daad veroorzaakt, voor herstel in aanmerking, met uitsluiting van het verlies van onrechtmatige voordelen.

In dit systeem is de schade, begrepen als belangenkrenking, een louter feitelijk begrip (zie verder, nr. 22 e.v.). Een tweede systeem strekt tot een *a priori* beperking van de mogelijke aanspraken, die uit een onrechtmatige daad kunnen ontstaan. Daartoe worden twee verwante stelsels opgebouwd:

a) Ofwel wordt de schade zelf op normatieve wijze bepaald, in die zin dat slechts als schade, in de juridische betekenis van het woord, in aanmerking kan komen, het nadeel ontstaan uit de krenking van een recht.

M.a.w. de schade is dan geen feitelijk, maar een normatief begrip, doordat het, — afgezien van de onrechtmatigheid van de daad van de aangesprokene, — bovendien bij de benadeelde een rechtsinbreuk onderstelt (zie verder, nr. 9 e.v.).

Hiertoe worden in de schade twee bestanddelen onderscheiden. Vooreerst een louter feitelijk, nl. het nadeel; vervolgens een specifiek juridisch element; het nadeel bestaande in de krenking van een voorafbestaand recht of van een, door de overtreden norm beschermd belang.

In die zin wordt *dommage* (in het Engels *injury)* als rechtsbegrip tegengesteld aan *préjudice* (in het Engels *harm),* feitelijk begrip (zie ook: MAZEAUD/TUNC, I, 1965, nr. 23; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité extracontractuelle,* 1973, nr. 282 e.v.

b) Ofwel worden aanspraak en aansprakelijkheid beperkt tot het nadeel spruitend uit de krenking van een belang door de overtreden norm beschermd, of nog, tot het nadeel dat tot de redelijk voorzienbare gevolgen van de onrechtmatige daad kan gerekend worden (zie verder, nr. 19 e.v.).

Alhoewel hierbij de schade zelf niet op een afwijkende wijze bepaald wordt, is echter alle schade uitgesloten, die niet behoort tot de aldus a priori beperkte, belangensfeer.

Daarom moet deze theorie behandeld worden samen met de bovenvermelde theorie van de rechtskrenking (zie verder, nr. 19).

Hierbij moet met nadruk aangestipt worden dat de aanspraken ook beperkt kunnen worden door een engere begripsomschrijving van het oorzakelijk verband.

Tegenover de ruime equivalentieleer wordt dan, met deze beperkende strekking, de adequatietheorie gesteld (zie hierover: MAZEAUD/TUNC, II, 1965, nr. 1440 en 1441; BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 107 e.v.; H. DRION, *Onrechtmatige daad*, I, nr. 315, blz. 367; ASSER/RUTTEN, IV, 1973, blz. 199 e.v.; M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 496 e.v., blz. 284 e.v. en nr. 534, blz. 307).

Laatstgenoemde theorie overschrijdt het leerstuk van het oorzakelijk verband. Zij werd ontworpen en toegepast tot beperking van aanspraak en aansprakelijkheid en niet als een verklaring of oplossing van het causaliteitsvraagstuk. Toch moet die theorie, samen met de daarmede verband houdende problematiek, behandeld worden in het leerstuk van het oorzakelijk verband, waarbinnen zij ontworpen werd.

Wegens de causale aard van het schadebegrip zelf (zie verder, nr.22), zullen echter in deze verhandeling herhaaldelijk vraagstukken moeten worden aangehaald die tot de stof van het oorzakelijk verband behoren.

Men voelt reeds onmiddellijk aan, welke verregaande praktische gevolgen aan elk dezer theorieën verbonden zijn. De keuze tussen beide stelsels vormt dan ook de wezenlijke grondslag van het gehele schadevergoedingsrecht.

AFDELING II

DE THEORIE VAN DE RECHTSKRENKING — VERWERPING

§ 1. Rechtskrenking, bestanddeel van de onrechtmatige daad

8.1 Ofschoon deze verhandeling slechts de schade en de schadeloosstelling tot voorwerp heeft, dient evenwel vooraf de stelling vermeld te worden, volgens welke de onrechtmatige daad zelf omschreven werd als een krenking van andermans recht.

Ogenschijnlijk zou door dergelijke bepaling van het bestanddeel der onrechtmatige daad, elk verder onderzoek omtrent een al dan niet normatieve bepaling van het bestanddeel schade overbodig worden. Dergelijke bepaling van de onrechtmatige daad werd nagenoeg louter dogmatisch en zonder enige praktische draagwijdte door enkele auteurs gegeven. Hierbij werd het begrip recht zelf in het duister gelaten, of zo ruim begrepen dat de bepaling als rechtskrenking elke beperkende betekenis verliest (zie nl. LAURENT, *Principes de droit civil*, XX, 422, nr. 404 e.v.; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 1930, II, 203, nr. 423; DEMOGUE, III, 368, nr. 226; *vgl.* LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 1962, 2, nr. 3.

Deze bepaling vormde de kern van de theorie van LECLERCQ, die veel minder dogmatisch bedoeld was, maar hoofdzakelijk betrekking had op de bewijslast die op de aanspraakmakende persoon kan rusten (zie o.m. zijn Mercuriale van 15 september 1927, *R.G.A.R.*, 1927, 164; en zijn conclusie voor het cassatiearrest van 21 jan. 1937, *Pas.*, 1937, I, 31.

Deze theorie, die evenmin een bepaling van het begrip recht verschafte, blijkt thans niet meer verdedigd te zijn (J. DABIN, *Les thèses de monsieur le Procureur-général Leclercq, R.G.A.R.*, 1933, 1315; DE PAGE, Complément, II, nr. 935, blz. 221; LALOUX/RENARD, *Chr., R.Trim.Dr.Civ.*, 1947, 93, nr. 13; RENARD/GRAULICH, *Chr., R.Trim.Dr.Civ.*, 1951, 140, nr. 7; Cl. RENARD, *noot* in *R.Crit.J.B.*, 1947, 87; R. PIRET, *Les troubles de voisinage et l'arrêt de cassation du 7 avril 1949, R.G.A.R.*, 1949, 4432, onder nr. VII; J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 13 e.v., blz. 41 e.v.; zie vooral Cass., 3 mei 1958, *Pas.*, 1958, I, 972; *J.T.*, 1958, 465; *R.G.A.R.*, 1958, 6177; Cass., 6 mei 1963, *Pas.*, 1963, I, 943 en meer bepaald inzake de aansprakelijkheid voor nabuurschade, toen deze nog, vóór de z.g. kanaal- en schoorsteenarresten van 6 april 1960, op art. 1382 B.W. gegrond werd: Cass., 25 juni 1953, *Pas.*, 1953, I, 85; *J.T.*, 1954, 56 met noot E. DENOEL en met noot J. FONTEYNE, in *R.G.A.R.*, 1953, 5236; conclusie van P. MAHAUX voor het cassatiearrest van 6 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 918, meer bepaald blz. 920; *J.T.*, 1960, 339 met noot A. DE MEULDER, en blz. 425; J. DABIN, *Le devoir d'indemnisation en cas de troubles de voisinages, R.Crit.J.B.*, 1960, 257; R. DERINE, *Hinder bij nabuurschap, praeadvies, R.W.*, 1967-68, 1708; H. DRION, *Onrechtmatige daad*, I, B., nr. 6 e.v., blz. 5 e.v.

Door de onrechtmatige daad als een rechtskrenking te bepalen, wordt de laatste in de schuld opgeslorpt ten einde aan deze laatste een andere bepaling te geven (RODIÈRE, noot onder Cass.fr., 21 okt. 1952, *J.C.P.*, 1953, 7592; MAZEAUD/TUNC, I, nr. 385, blz. 462; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité extracontractuelle*, 1973, nr. 282).

Beide bestanddelen worden hierbij wezenlijk verward, terwijl zij afzonderlijk dienen nagegaan te worden: de onrechtmatigheid bij de aangesprokene, de schade bij de benadeelde.

Voorzeker, onderscheiden wil niet zeggen scheiden, maar er zijn onrechtmatige daden zonder krenking van andermans recht en zonder schade, bv. de strafbare poging (*zie ook:* Cass., 4 okt. 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 135 en *Pas.*, 1974, I, 124). Beide bestanddelen mogen niet verward worden (*vgl.* Cass., 9 okt. 1950, *Pas.*, 1951, I, 50; dubbelzinnige motivering in het arrest waaruit niet met zekerheid kan afgeleid worden of de afwijzing van de eis gegrond is op de ontstentenis van schuld dan wel van schade).

De eenheid van de twee te onderscheiden bestanddelen werd wel eens samengevat: ,,on est en faute lorsqu'on cause un préjudice illicite'' (PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique*, eerste druk, VI, 701, nr. 505. Dit laat evenwel de vraag volledig open, wat door schade en wat door onrechtmatigheid moet begrepen worden.

8.2 Er weze hier ook terloops opgemerkt dat sedert het Flandria-arrest van 5 november 1920, terzake van onrechtmatige overheidsschade, het bevoegdheidscriterium gezocht werd in de aard van het door de overheidsdaad gekrenkte recht (*Pas.*, 1920, I, 193).

Burgerlijk recht wordt hier echter niet meer tegenover belang gesteld. De rechtskrenking is hier een andere omschrijving van onrechtmatige daad, geenszins een

bepaling, noch een bestanddeel van de schade. Uit deze rechtspraak kan geen enkel bezwaar afgeleid worden tegen de bepaling van de schade als belangenkrenking (zie uitvoeriger in J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 52 e.v.).

Dit bevoegdheidscriterium is blijkbaar zonder belang geworden ingevolge de evolutie die de rechtspraak kenmerkt op het stuk van de onrechtmatige overheidsschade. Geen onderscheid wordt nog gemaakt in de aard van het door de overheidsdaad gekrenkte recht. Zoals de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van een particulier, wordt ook de overheidsschade als een belangenkrenking begrepen: ,,Overwegende dat niet alleen de krenking van een burgerlijk recht, maar ook die, onder andere, van een politiek recht, de schade kan veroorzaken welke onder de voorwaarden bepaald bij de art. 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek tot de verplichting van schadeloosstelling aanleiding geeft'' (Cass., 15 april 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 786 met conclusie van F. DUMON; *Pas.*, 1971, I, 752; *J.T.*, 1972, 689 met noot Ph. MAYSTADT; *R.Crit.J.B.*, 1975, 6 met noot Fr. DELPÉRÉE; J. DELVA, *Civielrechtelijke aspecten van de overheidsaansprakelijkheid, R.W.*, 1977-78, 2343).

8.3 Op het vlak van het E.E.G.-recht schijnt het bevoegdheidscriterium nog te tellen waar door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gevonnist werd dat de Gemeenschap, gelet op art. 215, tweede lid van het Verdrag, wegens een normatieve behandeling, die economische beleidsmaatregelen omvat, slechts niet contractueel aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die particulieren ten gevolge van deze handelingen hebben geleden, in geval van genoegzaam gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel. Voor het Hof van Justitie zou de onrechtmatige daad dus een krenking moeten zijn van een recht (Arrest van 13 juni 1972, approvisionnements — Grands Moulins, *Jurisprudentie*, XVIII — 1972.2, blz. 391 en in dezelfde zin, het vroegere arrest van 2 december 1971, Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt, *Jurisprudentie*, 1971, blz. 975). Hier tegenover staat, doch met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap jegens haar personeelsleden, het arrest Vloebergs van 14 juli 1961 (*Jurisprudentie*, 1961, blz. 429) en het arrest Heinnemann van 13 juli 1972 (*Jurisprudentie*, 1972, blz. 579), volgens welk de onrechtmatige daad kan bestaan in de krenking van rechtmatige verwachtingen — ,,des légitimes expectatives''. L. GOFFIN, *La responsabilité de la C.E.C.A. du chef d'une faute de service, J.T.*, 1962, 689, nr. 13).

§ 2. Rechtskrenking, bestanddeel van de schade

9 Door verschillende auteurs wordt de schade zelf bepaald als de krenking van een recht (SOURDAT, I, nr. 32, b, blz. 24; *Pand.B.*, *Dommages-intérêts*, nr. 442; LAROMBIÈRE, *Obligations*, III, nr. 4, blz. 420; nr. 10, blz. 442; AUBRY/RAU, zesde druk door BARTIN, VI, § 443, blz. 327; § 444, blz. 339) of als het verlies van een voordeel dat men redelijkerwijze uit een recht mocht verwachten (DEMOGUE, IV, nr. 416, blz. 56; ROUX, verslag voor Cass.fr., 13 februari 1937, *Rec. Sirey*, 1937, I, 153), of nog, als de krenking van een verworven recht (MAZEAUD/TUNC, I, zesde druk, 1965, nr. 275, blz. 361 e.v.; nr. 277-7, blz. 375; nr. 281, blz. 383; nr. 291, blz. 391; H. MAZEAUD, *La lésion d'un ,,intérêt légitime juridiquement protégé'', condition de la responsabilité civile*, D., 1954, *Chr.*, 42; LALOU/AZARD, *Traité*, zesde druk, nr. 158 e.v.; voor Nederland, *zie* H. DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 9, blz. 6).

Alle dergelijke bepalingen laten het begrip van het recht ,,dat zou moeten gekrenkt zijn'' onbepaald of bepalen het zo ruim dat, een zeldzame uitzondering niet te na gesproken, de voorgehouden bepaling van schade als rechtskrenking, geen beperkende werking heeft (zie de uitvoeriger bespreking van deze doctrine, met toepassingsgevallen, in J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 20 e.v., blz. 44 e.v.; Id., noot onder

Cass., 2 mei 1955, *R.Crit.J.B.*, 1957, blz. 99; S.R.L. VAN NUIJS, *Relativiteit t.a.v. de onrechtmatige daad, R.W.*, 1980-81, 622).

Tot deze reeks stellingen moet ook die van DABIN gerekend worden. Met gelijkluidende bewoordingen stelt deze auteur eveneens voorop dat een recht moet gekrenkt zijn in hoofde van de aanspraakmakende persoon, opdat hij schade in de zin van art. 1382 B.W. zou kunnen aanvoeren.

Voor deze bepaling onderstelt de auteur evenwel een gans bijzondere ruime bepaling van het begrip recht, niet te herleiden tot het belang door een eigen rechtsvordering beschermd, maar wel als het vermogen dat rechtsbescherming waardig is, en eventueel door de herstelactie van artikel 1382 B.W. zelf in de rechtsorde bescherming ontvangt (J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, nr. 146, blz. 509 en blz. 511; Id., *Les thèses de Monsieur le Procureur- Général Leclercq en matière de responsabilité civile, R.G.A.R.*, 1933, 1315; Id., *Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel en dehors du cas spécial des accidents de travail, Belg.Jud.*, 1935, 530, noot 56; Id., *Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public*, Ann.Rg.Sw., dl. IX, 1948, blz. 5 e.v.; Id., *ubjectif, Kon. Belg. academie. Mededelingen van de klasse der letteren en der morele en staatkundige wetenschappen*, vijfde reeks, boek XXXIII, 1947, blz. 107 e.v.; Id., *Le droit subjectif*, Parijs, 1952; Id., *Les notions d',,intérêt légitime'' et de ,,lésion de droit'' dans la réparation des dommages*, noot onder Gent, 11 februari 1956, *R.Crit.J.B.*, 1957, blz. 8, speciaal blz. 20; zie samenvatting en bespreking in J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 28 e.v., blz. 49 e.v. en in DALCQ, II, nr. 2915).

De ruime begripsomschrijving door DABIN gegeven aan hetgeen als recht moet begrepen worden in de bepaling van de schade, als rechtskrenking, maakt de besproken stelling, binnen het toepassingsgebied van onrechtmatige daad, vrijwel tot een theoretische en hoofdzakelijk terminologische betwisting, die geenszins kan leiden tot toepassingen die van de verder voorgestelde bepaling afwijken (zie J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 32, blz. 52; nr. 248, blz. 186 en noot 1; zie ook de instemming hiermee door DABIN zelf betuigd in: J. DABIN, *L'enfant naturel non reconnu et le droit à réparation en cas de mort par accident de l'un de ses auteurs, R.Crit.J.B.*, 1954, blz. 170, noot 3).

Al de in dit nummer besproken bepalingen onderstellen geenszins een normatief begrip van de schade, maar bedoelen de klemtoon te leggen, zij het met een verwarrende formule, op de zekerheid van de schade, ten einde loutere gebeurlijkheid uit te sluiten, of op de rechtmatigheid van het gekrenkte belang, ten einde onrechtmatige belangen te weren. Daartoe is evenwel niet vereist dat de schade onjuist zou bepaald worden.

Ook MAZEAUD en TUNC herleiden, tot slot van hun betoog, het begrip krenking van een verworven recht tot ,,une obligation de justifier d'un préjudice certain d'une part, d'un intérêt légitime d'autre part'' (1965, nr. 291, blz. 391).

Of er schade geleden werd, blijft, zoals verder zal blijken, een vraag van feitelijke aard (zie nr. 22 e.v.).

10 Een werkelijk normatieve bepaling van de schade wordt integendeel wel door enkele auteurs verschaft.

In België werd de schade voor het eerst door ROLIN, met deze betekenis, als rechtskrenking bepaald. Hij betoogde dat alleen dan van schade zou kunnen gesproken worden, wanneer de aanspraakmakende persoon zich tengevolge van de onrechtmatige daad bevindt in een toestand die nadeliger is dan die, op wiens voortbestaan hij een subjectief recht kon laten gelden, voorzien van een eigen rechtsvordering, voorafbestaand aan, en onafhankelijk van de aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad (H. ROLIN, *Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits* (articles 1382-1383 du Code Civil), *Aca-*

démie Royale de belg., Bull. de la classe des lettres et des sciences morales et politiques, vijfde reeks, dl. XIII, 1927, blz. 68; zie de bespreking hiervan in J. RONSE, *Aanspraak...,* nr. 22, blz. 44 e.v., en in DALCQ, II, nr. 2874 e.v.).

Deze bepaling werd door DE PAGE hernomen: de schade zou moeten bestaan in het verlies van een voordeel op wiens voortbestaan de aanspraakmakende persoon een burgerlijk recht kan laten gelden (DE PAGE, II, nr. 948, blz. 890; nr. 950, blz. 890 e.v.; zie de bespreking hiervan in J. RONSE, *Aanspraak...,* nr. 23 e.v., blz. 45 e.v., en in DALCQ, II, nr. 2881 e.v.). Deze theorie werd eveneens, evenwel zonder de minste verantwoording door KLUYSKENS vooropgesteld (KLUYSKENS, *Verbintenissen,* vierde druk, nr. 365, blz. 560) en inspireerde enkele in de Belgische rechtspraak alleenstaande vonnissen (Krijgsraad Antwerpen, 17 dec. 1970, *R.W.,* 1971-72, 1509, evenwel hervormd door Mil.Ger., 17 maart 1971, *R.W.,* 1971-72, 276; Kh. Antwerpen, 6 okt. 1965, J.Port Anv., 1966, 76).

Een verwante bepaling wordt ook in Nederland gegeven door POLAK. De vraag naar de schade is volgens hem geen vraag van zijn, maar een vraag van behoren.

Tot vaststelling van de schade wordt ,,de tegenwoordige toestand niet slechts boekhoudkundig vergeleken met een toestand waarop men recht heeft''. Derhalve meent hij de schade te mogen bepalen als ,,de vermindering in de door aanspraken gedekte rechtsbelangen van de gelaedeerde'' (R.J. POLAK, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad,* Zwolle, 1949, 16 e.v.).

Deze stelling wordt in Nederland algemeen verworpen (zie o.m. SLAGTER, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* 's-Gravenhage, 1952, blz. 2 e.v.; ASSER/RUTTEN, *Verbintenissenrecht,* II, 1954, blz. 520 e.v.; BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* 1965, 26, nr. 19.

De hier besproken begripsbepaling is niet louter dogmatisch bedoeld maar strekt integendeel tot een *a priori* beperking van het mogelijk aantal aanspraken en aanspraakgerechtigden (zie o.m. DE PAGE, II, nr. 950*bis,* noot 4, blz. 893 en de vervanging van deze noot in *Complément,* II, blz. 235; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle,* nr. 283).

11 Met dezelfde beperkende strekking werd deze bepaling in het Franse recht ingevoerd.

Aanvankelijk nochtans was in artikel 1382 B.W. steeds de meest algemene regel erkend, tegen wiens ruime bewoordingen geen *a priori* beperkingen van de mogelijke aanspraken konden ingevoerd worden.

De duidelijke leidraad was voorheen geboden door het arrest van 20 februari 1863, voorafgegaan door een beroemd gebleven verslag van Raadsheer NOUGIER: ,,si notre loi civile a gradué les obligations entre parents, selon les degrés de parenté, pour rendre les unes plus étroites que les autres, est-ce dire qu'elle défende de tenir compte de toutes celles qu'elle ne mentionne pas? Est-ce-qu'en regard des devoirs imposés par la loi positive, n'existent pas ceux qui ont leur source dans les lois mêmes de la nature? Est-ce-qu'un frère ne doit rien à un frère? Est-ce-que à coté de la solidarité naturelle qui les unit, ne se place pas également une véritable solidarité sociale?'' (*Dall.P.,* 1864, I, 99; *Rec. Sirey,* 1863, I, 321).

In overeenstemming met dit verslag vestigde het Franse Hof van Cassatie de tot 1931 onbetwist gebleven regel: ,,l'article 1382 C.C. en ordonnant en termes absolus la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, ne limite en rien ni la nature du fait dommageable, ni la nature du lien qui doit unir, au cas de décès, la victime du fait avec celui de ses ayants droits qui en demanderait la réparation'' (Cass.fr., 20 febr. 1863, *Dall.P.,* 1864, I, 99; *Rec. Sirey,* 1863, I, 321).

In 1922 herhaalde de toenmalige *chambre des requêtes:* „... en présence de la généralité des termes de l'article 1382 C.C., même à défaut d'un lien de sang... un intérêt légitime d'affection justifie l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice" (Cass.fr.req., 10 april 1922, *Rec.Dall.*, 1923, I, 52 met noot LALOU; *Rec.Sirey*, 1924, I, 153 met noot P. ESMEIN). In dezelfde zin werd nog in 1930 geoordeeld door de chambre criminelle betreffende de aanspraak van de schoonzuster van het gedode slachtoffer (Cass.fr.crim., 31 okt. 1930, *Dall.Hebd.*, 1930, 572).

Afwijkend van deze rechtspraak die toepassing maakte van artikel 1382 B.W. en niet gebonden door deze tekst, had de Franse Conseil d'Etat, integendeel, rechtskrenking als vereiste der aanspraak vooropgesteld (Cons. d'Etat, 11 mei 1928, *Rec.Sirey*, 1928, 3, 97 met noot HAURIOU). De annotateur HAURIOU schreef nog duidelijker dat door recht diende begrepen te worden, een, in de juridische instellingen gecatalogeerd en aan artikel 1382 B.W. voorafbestaand recht.

Er mag onmiddellijk aangestipt worden dat het terzake ging om de herstelvordering van een bijzit wegens het overlijden van haar minnaar af te wijzen.

Bovendien moet ook nu reeds worden opgemerkt dat de Franse Conseil d'Etat sedert 1952, de principiële onjuistheid van deze stelling heeft ingezien, waar zij leidde tot een *a priori* beperking der aanspraakgerechtigden.

De jarenlang volgehouden rechtspraak werd verworpen, en het vereiste van rechtskrenking werd opnieuw vervangen door het onderzoek van de feitelijke zekerheid van de aangevoerde schade (Conseil d'Etat, 25 jan. 1952, *Rec.Dall.*, 1952, 549, met noot G. MORANGE; *Rec. Sirey*, 1953, 3, 55; zie verder, nr. 51).

12.1 Vanaf 1931 werd door het Franse Hof van Cassatie, in navolging van de toenmalige rechtspraak van de Conseil d'Etat, de traditionele rechtspraak verlaten om voortaan rechtskrenking als voorwaarde te eisen; S.R.L. VAN NUIJS, *Relativiteit t.a.v. de onrechtmatige daad, R.W.*, 1980-81, 622; een eerste maal om het bestaan van genegenheidsschade te ontkennen bij gemis aan wettelijke verwantschap (Cass.fr.req., 2 feb. 1931, *Dall.P.*, 1931, I, 38 met verslag PILOU; *Sem.J.*, 1931, blz. 401; *Rec. Sirey*, 1931, I, 123); nadien om de aanspraak van een bijzit wegens doodslag op haar minnaar, te doen afwijzen (Cass.fr.crim., 13 feb. 1937, derde arrest i.z. Cabassut, *Dall.P.*, 1938, I, 6, met noot SAVATIER; *Gaz.Pal.*, 1937, I, 467; *Rec. Sirey*, 1937, I, 153 met verslag ROUX; Cass.fr.crim., 27 juli 1937, *Rec. Sirey*, 1938, I, 321 met noot MARTY; *Dall.P.*, 1938, I, 5, vierde arrest met noot SAVATIER, arrest dat voor het eerst de formele *„intérêt légitime juridiquement protégé"* gebruikte; Cass.fr., 8 april 1938, *Dall.Hebd.*, 1938, J, 310; *Sem.J.*, 1938, 828; Cass.fr., 28 nov. 1938, *Dall.Hebd.*, 1939, J, 97; Cass.fr., 6 nov. 1940, *Dall.Hebd.*, 1940, J, 210; Cass.fr., 19 okt. 1944, *Rec.Dall.*, 1945, J, 293, met noot FLOUR; Cass.fr., civ., 13 dec. 1961, *Bull.civ.*, 1961, II, nr. 861, blz. 607; Cass.fr.civ., 10 jan. 1963, *Bull.civ.*, 1963, II, nr. 38, blz. 29; Cass.fr.civ., 18 maart 1965, *Bull.Civ.*, 1965, nr. 290, blz. 199; Cass.fr., 25 juni 1965; *Bull.civ.*, 1965, II, nr. 570, blz. 398; Cass.fr.civ., 7 april 1967, *Bull.civ.*, 1967, II, nr. 134, blz. 94).

Van deze rechtspraak wijken nochtans af de arresten van 4 maart 1964 (*Bull.civ.*, 1964, II, nr. 201, blz. 149, van 8 maart 1965 (*Bull.civ.*, 1965, II, nr. 289, blz. 198) en van 20 jan. 1967 (*Bull.civ.*, 1967, II, nr. 30) betreffende de vordering van overspelige kinderen ingevolge het overlijden van de minnaar van hun moeder en de genegenheidsschade bij ontbreken van enige wettelijk verwantschap.

Verder zal betoogd worden dat de theorie der rechtskrenking overbodig is om tot grondslag te dienen van de afwijzing van de aanspraak der bijzit. Een juister motief daartoe volstaat, nl. de afwezigheid van rechtmatig belang (zie verder, nr. 50 e.v.).

Rechtskrenking was dus duidelijk vereist, en meer bepaald, de krenking van een wettig belang, door het recht beschermd; of, duidelijker nog, de krenking van een recht dat beantwoordt aan een geldige verbintenis in hoofde van het gedode slachtoffer, jegens de aanspraakmakende persoon.

Deze bepaling, uit de rechtspraak nopens de herstelvordering van de bijzit ontstaan, werd weldra logischerwijze toegepast om tot 1956 de aanspraak van de v e r l o o f d e af te wijzen (Cass.fr., 19 oktober 1943, *Rec. Sirey*, 1945, I, 1 met noot CHARTROU; *Rec.Dall.*, 1944, I, 14 met noot LALOU; Cass.fr., 16 maart 1950, *Rec. Sirey*, 1950, I, 182; zie over deze vraag verder, nr. 965 e.v. en *Tw. Verloving*, nr. 61 e.v.).

Tegen deze rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie werd weliswaar in Frankrijk een zekere weerstand geboden, in de rechtsleer en in de rechtspraak van de lagere rechtbanken, maar veelal met eerbiediging van

de gebruikte bepaling waarvoor een verruimende verklaring voorgesteld werd (zie o.m. MAZEAUD, *La lésion d'un ,,intérêt juridiquement protégé'', condition de la responsabilité civile, Rec.Dall.*, 1954, *Chr.*, 42 e.v.; MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 277 tot 284; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil*, II, nr. 379 en 380; CARBONNIER, *Droit civil*, IV, nr. 88; G. DURY, *Chr., R.Trim.Dr.Civ.*, 1967, blz. 157, blz. 818; 1970, blz. 353 en 356).

12.2 In 1956 kwam er een eerste ommekeer in de Franse rechtspraak en meteen een verschil tussen de rechtspraak van de burgerlijke kamer en deze van de strafkamer van de Cour de Cassation. Het bleek dat de theorie van de rechtskrenking tot niet te aanvaarden toepassingen leidt, en dat zij bovendien op systhematisch gebied niet vol te houden is.

Nadat in de zoëven aangehaalde rechtspraak met hantering van de rechtskrenking als criterium de aanspraak van de verloofde van het gedode slachtoffer ontkend werd, moest deze rechtspraak gewijzigd worden.

Ofschoon het middel van de voorziening tegen een arrest dat aan de verloofde schadeloosstelling toegekend had, schending van art. 1382 B.W. aanvoerde, met de bewoordingen zelf van de vroegere arresten van het Franse Hof van Cassatie, werd de voorziening verworpen. Er werd beslist dat de feitenrechter soeverein mocht afleiden, uit de wettelijke aankondigingen van het huwelijk en de materiële voorbereidselen daarvan, dat de verloofde schade geleden had en wel ,,un préjudice direct, actuel et certain résultant d'une situation exactement appréciée par lui et qui justifiait l'allocation de dommages-intérêts'' (Cass.fr.crim., 5 jan. 1956, *Rec.Dall.*, 1956, I, 216).

Deze zienswijze wordt nadien door de Chambre criminelle bevestigd, eerst voor de genegenheidsschade bij ontbreken van wettelijke verwantschap (Cass.fr.crim., 30 jan. 1958, *Gaz.Pal.*, 1958, I, 367), later ook voor de herstelvordering van de bijzit (Cass.fr.crim., 20 jan. 1959, *Sem.J.*; 1959, II, 11095 met noot PIERRON) voor zover de buitenechtelijke verhouding geen strafrechtelijk karakter vertoont (Cass.fr.crim., 20 jan. 1966, *Rec.Dall.*, 1966, I, 184; noot RODIÈRE in *R.Trim.Dr.Civ.*, 1966, 536; Cass.fr.crim., 14 maart 1967, *Bull.crim.*, 1967, nr. 100; 17 maart 1970, *Rec.Dall.*, 1970, *somm.* 129) en voor de vordering van de overspelige kinderen bij overlijden van de minnaar van hun moeder (Cass.fr.crim., 14 maart 1967, *Bull.crim.*, 1967, nr. 100).

Het verschil van rechtspraak in de burgerlijke kamer en in de strafkamer van de Cour de Cassation kon niet duidelijker blijken wanneer men twee identieke gevallen vergelijkt: het blijven samenwonen van echtgenoten na hun echtscheiding: de Chambre civile wees de herstelvordering van de ,,bijzit'' af omdat zij na haar echtscheiding, ten aanzien van haar ex-echtgenoot, met wie ze bleef samenwonen geen ,,intérêt légitime juridiquement protégé'' meer kon doen gelden. De Chambre criminelle, integendeel, verbrak in een gelijkaardig geval, een arrest dat de rechtspraak van de burgerlijke kamer had gevolgd (Cass.fr.civ., 18 maart 1965, *Bull.civ.*, II, nr. 290, blz. 199; Cass.fr.crim., 1 april 1968, *Bull.crim.*, 1968, nr. 114).

Bij dergelijke onenigheid is door de Wet van 3 juli 1967, art. 14 voorzien dat een ,,chambre mixte'' van het twistpunt kennis neemt.

Op 27 februari 1970 zegevierde in deze kamer de zienswijze van de Chambre criminelle en werd verzaakt aan de rechtskrenking als bestanddeel van de schade: er is schending van artikel 1382 B.W. wanneer de toepassing ervan afhankelijk wordt gesteld van een voorwaarde die er niet in vermeld is, met name door de herstelvordering van de bijzit af te wijzen op enkele grond dat de verhouding van haar minnaar geen recht schept terwijl anderzijds de verhouding duurzaam bleek te zijn en geen strafrechtelijk karakter had (Cass.fr., Ch. mixte, 20 feb. 1970, *Bull.civ.*, 1970, blz. 28; *Rec.Dall.*, 1970, J., 201 met noot COMBALDIEU; *Gaz.Pal.*, 1970, blz. 163 met noot; *Sem.J.*, 1970, nr. 16305 met de conclusie van LINDON en met noot PARLANGE; G. DURY, noot in *R.Trim.Dr.Civ.*, 1970, blz. 353; N.M.K. GOMAA, *La réparation du dommage et l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé, Rec.Dall.*, 1970, *Chr.*, 145; J. VIDAL, *L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept du dommage réparable, Sem.J.*, 1971, I, 3390; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 1972, nr. 270 e.v.; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité extracontractuelle*, 1973, nr. 297 e.v.).

Is het concubinaat overspelig, dan heeft de bijzit geen rechtmatige belang om schadevergoeding te eisen wegens het overlijden van haar minnaar, veroorzaakt door een onrechtmatige daad (Cass.fr.crim., 15 juni 1972, *Bull.Crim.*, 1972, 538).

12.3 Het doorbreken van de dam opgeworpen tegen de aanspraken van de bijzit wier verhouding tot haar minnaar duurzaam was en geen strafrechtelijk karakter had, dreigt evenwel toch ook langs de omweg van de bewijslast, de overspelige echtgenote te goede te komen; wanneer een gehuwde bijzit niet meer weet wat er met haar echtgenoot gebeurd is terwijl zij 36 jaar lang een concubinaatsverhouding had, mag zij, volgens het Franse Hof van Cassatie, te goeder trouw menen dat haar man overleden is, althans kan tegen haar het bewijs niet geleverd worden dat haar toestand onrechtmatig is. Haar vordering is derhalve ontvankelijk (Cass.fr.crim., 20 april 1972, *Bull.crim.*, 1972, 333; *Sem.J.*, 1972, II, 17278 met noot VIDAL; *Gaz.Pal.*, 1972, 600; G. DURY, noot in *R.Trim.Dr.Civ.*, 1972, 781; Cass.fr.crim., 14 juni 1973, *Rec.Dall.*, 1973, blz. 585 met noot P.M.; Fr. CHABAS, *Le cœur de la Cour de Cassation; le droit à réparation de la concubine adultère, Rec.Dall.*, 1973, *Chr.*, 211; G. DURY, noot in *R.Trim.Dr.Civ.*, 1974, 413).

Deze ruime opening van de toegang tot de rechtbanken gegeven aan de gehuwde concubine steunt op een nogal onconformistische opvatting nopens het te leveren bewijs van het overspel; doorgaans werd aangenomen dat het bewijs van het huwelijk door de voorlegging van de huwelijksakte volstond. Hier wordt bovendien nog geëist dat door de vervolgende partij het bewijs geleverd wordt van de niet-ontbinding van het huwelijk op de dag van de vordering; dit was voordien een exceptie die door de verweerder moest bewezen worden. Bij deze ommekeer van de bewijslast is het evenwel niet gebleven, want er zijn dan toch gevallen waar dit negatief bewijs kan geleverd worden. Het Franse Hof van Cassatie is dan nog verder gegaan in een tweede arrest van 14 juni 1973 (*Bull.Crim.*, 1973, 264) en nogmaals op 19 juni 1975 (*Rec.Dall.*, 1975, J., 675; DURY, noot in *R.Trim.Dr.Civ.*, 1975, 709).

Op het feit zelf van het overspel van de concubine mag de verweerder zich nu niet eens meer beroepen, zelfs niet indien hij het feit van dit overspel zou kunnen aantonen.

Het eerste van de twee laatst vermelde arresten liet de vordering toe van een overspelige minnaar, van wie het overspel niet onder de strafwet viel omdat hij geen onderhoud van bijzit in de echtelijke woning kon gepleegd hebben nu hij van tafel en bed gescheiden was. Dit arrest schoof dus het rechtmatigheidsvereiste weg op grond van een nieuwe spitsvondigheid (B. DENIS, *L'action civile de la victime en situation illicite, Rec.Dall.*, 1976, *Chr.*, XLI, 245).

Het arrest van 19 juni 1975, tenslotte, is nog algemener. Het stoelt werkelijk op een relativiteitsleer, niet meer van de onrechtmatige daad, maar nu van het onrechtmatige belang. (Over de relativiteitsleer, zie verder, nr. 19 e.v.). De onrechtmatigheid van het belang kan maar invloed hebben op de ontvankelijkheid van de vordering als dit belang onrechtmatig is ten opzichte van de verweerder in het schadevergoedingsproces. Alleen de wettige echtgenoot is bevoegd om het overspel van zijn partner aan te klagen, derhalve heeft de dader van een onrechtmatige daad geen hoedanigheid om de onrechtmatige toestand op te werpen. Het laatste tot op heden gepubliceerde cassatiearrest drukt dit op 8 januari 1976 als volgt uit: que l'auteur de l'homicide involontaire ne saurait échapper à sa responsabilité civile en se prévalant d'une faute relevant de la seule vie privée de la victime et n'ayant porté préjudice qu'à son conjoint''. (Cass.fr.crim., 8 jan. 1976, *Rec.Dall.*, 1976, *Somm.* 98). Zo wordt het concubinaat ontdaan van wat het toekennen van schadevergoeding nog in de weg stond en is het rechtmatigheidsvereiste herleid tot een puur verbale affirmatie. Het is ook treffend dat de relativiteitstheorie die bedacht werd om het aantal aanspraken te beperken, hier aangewend wordt met de omgekeerde bedoeling. Zoals de sterke zekerheid van een schade en derhalve de sociale noodzaak om deze te vergoeden tenslotte de afwijzing veroorzaakte van de leer van de rechtskrenking als criterium, zo ook verdringt de sterke zekerheid van de schade en de sociale noodzaak om deze te vergoeden de leer van de absolute rechtmatigheid ten voordele van een meer relatieve opvatting. Zou dit niet betekenen dat ten lange laatste alleen de zekerheid van de schade het uiteindelijk criterium voor de rechter is om onverantwoorde schadeëisen te onderkennen en af te wijzen? (zie verder, nr. 21 e.v.; L. DE WILDE, *Begrip ,,Schade''*, in H. VANDENBERGHE e.a., *Onrechtmatige daad, actuele tendensen*, 1979, 181 e.v.)

12.4 In de huidige stand van de rechtspraak in Frankrijk, die over het algemeen door de rechtsleer wordt goedgekeurd en na de afschaffing van het strafrechtelijk overspel, is het overspelig karakter van het concubinaat niet meer aangezien als een oorzaak van onrechtmatigheid van het gekrenkte belang van de overlevende concubinaatspartners.

§ 3. Weerlegging: schade is belangenkrenking

13 Het Belgische Hof van Cassatie heeft, zeer terecht, de theorie van de rechtskrenking duidelijk verworpen in een arrest van 16 januari 1939, dat als de fundamentele uitspraak van het hele schadevergoedingsrecht mag beschouwd worden (*Pas.*, 1939, I, 25; *R.G.A.R.*, 1939, 3002; S.R.L. VAN NIJS, *Relativiteit t.a.v. de onrechtmatige daad, R.W.*, 1980-81, 563.

Het was tot 1955 het enige arrest, geveld op een voorziening, waarin zo ondubbelzinnig voorgehouden werd dat schade rechtskrenking zou vereisen.

Zonder nutteloos omhaal van woorden, maar met alle schakeringen die nodig zijn om in deze beslissing een werkelijke principe-uitspraak te mogen erkennen, besliste het Hof van Cassatie: „Attendu que les articles 1382 et suiv. du Code civil obligent l'auteur d'un fait illicite à réparer tout dommage certain, autre que la privation d'un avantage illégitime, qui a été causé par ce fait;

Que, sans doute, comme le constate l'arrêt dénoncé, la circonstance que le demandeur en réparation n'a point un droit, muni d'action, à l'encontre de la personne qui lui procurait l'avantage dont le fait illicite le prive, peut influencer la décision du juge du fond sur le caractère certain du dommage et sur le montant de celui-ci; mais que l'article 1382 du Code civil ne subordonne pas à l'existence d'un tel droit l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite...".

Rechtskrenking is dus niet vereist opdat schade als bestanddeel van artikel 1382 B.W. aanwezig zou zijn.

Evenwel worden aan de verwerping van de theorie der rechtskrenking, twee belangrijke schakeringen toegevoegd.

De aangevoerde schade moet vooreerst zeker vaststaan. Deze zekerheid kan desgevallend beïnvloed worden door het al dan niet voorhanden zijn van rechtskrenking (PARLANGE, noot onder Cass.fr.ch. mixte, 27 febr. 1970, *Sem.J.*, 1970, nr. 16.305).

Als schade kan vervolgens niet aangevoerd worden het verlies van een onwettig voordeel.

Wellicht zou het nauwkeuriger geweest zijn, te zeggen dat geen aanspraak kan bestaan, wanneer de aangevoerde schade in de krenking van een onrechtmatige belang bestond (in die zin: Cass., 21 april 1958, *J.T.*, 1958, 564 met noot M. TAQUET).

De rechtmatigheid van het gekrenkte belang, of van het verloren voordeel, is immers niet voor de vaststelling van de schade vereist, maar voor de ontvankelijkheid van de rechtsvordering (zie verder, nr. 24).

Dit arrest is de eerste en ook tot aan het arrest van 2 mei 1955 (zie verder, nr. 16) de enige zo uitdrukkelijke uitspraak van het Hof geweest betreffende dit vraagstuk.

Er werd wel eens ten onrechte beweerd dat dit arrest een ommekeer betekende (*vgl.* C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 31; R. SPILMAN, *Sens et portée de l'évolution de la responsabilité civile depuis 1804*, Brussel, 1955, 41 en 46. Deze auteur spreekt van een „*véritable révolution*").

Integendeel sloot het Hof zich aan, zoals men uit de gebruikte bewoordingen kan afleiden, bij de oudere

Franse rechtspraak (zie boven, nr. 11). FLOUR merkte duidelijk op hoezeer de Franse rechtspraak afgeweken was van de vroegere, waarin de rechtskrenking in geen enkel opzicht vereist was (noot onder Cass.fr., 22 febr. 1944, *Rec.Dall.*, 1945, J, 293). De Franse rechtspraak is zo zeker teruggekeerd naar de traditionele opvatting, dat het arrest van 27 febr. 1970 precies de formulering herneemt van het arrest van 20 febr. 1836 (zie boven, nr. 11 en 12).

14 Ten onrechte heeft men getracht in latere arresten een wijziging aan deze duidelijke stellingname te vinden, en meer bepaald in een arrest van 15 april 1940, waarvan een der motieven luidt dat elke schade in de zin van artikel 1382 B.W. de krenking van een recht onderstelt (*Pas.*, 1940, I, 121; *Arr.Cass.*, 1940, 55; Dit arrest werd woordelijk herhaald in het arrest van dezelfde kamer van 19 mei 1952, *J.T.*, 1952, 607; *Pas.*, 1952, I, 603; *R.W.*, 1952-53, 539).

De regel die in de korte inhoud bovenaan het bovengemelde arrest in de *Pasicrisie* als oplossing vermeld staat, was niet het voorwerp der betwisting zoals in 1939 (zie boven, nr. 13). Hij diende slechts als een schakel in een constructie betreffende een heel andere aangelegenheid. Dit zou reeds op zichzelf kunnen volstaan om ten aanzien van de behandelde vraag aan het arrest van 1939 de voorkeur te geven.

Dit arrest behoort tot de schaarse gevallen van wisselende rechtspraak van het Hof van Cassatie zodat het geen voldoende gezag vertoont om aan de principiële en algemene stellingname van 1939 afbreuk te doen.

Onmiddellijk werd dan ook getracht voor de tegenstelling tussen het arrest van 16 januari 1939 en dat van 15 april 1940 een bevredigende oplossing te geven. Reeds in de noot van de *Pasicrisie* onder het laatste arrest, wordt voorgehouden dat schade wel in aanmerking kan genomen worden luidens het arrest van 16 januari 1939, wanneer zij bestaat in het verlies van een goedgunstig toegestaan voordeel:

„... mais la raison en est que si celui qui jouissait de cet avantage n'avait pas le droit d'en exiger le maintien de celui qui le lui procurait, il avait cependant un véritable droit à ce qu'il n'y fut pas porté atteinte par un tiers" (*Pas.*, 1940, I, 121, noot).

Men mag bovendien niet vergeten dat aan een arrest van het Hof van Cassatie de draagwijdte dient gegeven te worden die het werkelijk heeft. Zo heeft, in geval van ogenschijnlijke of werkelijke tegenstrijdigheid, een arrest dat de rechtsvraag uitdrukkelijk en onmiddellijk ontmoet en oplost, de voorrang boven datgene waarin de vraag als het ware bij toeval aangeroerd werd. Het arrest van 1939 erkent het vraagstuk duidelijk en lost het even duidelijk op. Het arrest van 1940 blijkt het tegenovergestelde te zeggen, maar dan slechts als argument voor de oplossing van een heel andere aangelegenheid, terwijl dit argument onmiddellijk tot interpretatie aanleiding geeft. Het laatste arrest kan ter zake dan ook geen gezag hebben dat zou opwegen tegen dat van 1939.

Men moet stellig de voorkeur geven aan een arrest dat de vraag bewust stelt en oplost, boven een arrest dat incidenteel, in verband met een andere vraag, de tegenstrijdige oplossing schijnt te huldigen (*vgl.* CORNIL, *La Cour de Cassation, J.T.*, 1950, 489 e.v. en meer bepaald 493, 1e kol.; *vgl.* Gent, 20 okt. 1954, *R.W.*, 1954-55, 1507; *R.G.A.R.*, 1954, 5450; R. SOETAERT, *Is een cassatiearrest leesbaar?, R.W.*, 1978-79, 2609 e.v.).

15 De duidelijke oplossing uit het arrest van 16 januari 1939 werd trouwens kort daarop bevestigd in een arrest, dat des te belangrijker is, daar het tevens ten aanzien van een vroegere rechtspraak van het Hof, een ommekeer betekende. De aanspraak van de ouders wier kind door een onrechtmatige daad gedood werd, is volgens deze nieuwe en sedertdien gehandhaafde rechtspraak, niet onderworpen aan het bestaan, in hoofde van het gedode slachtoffer, van een onderhoudsverplichting uit wet of overeenkomst. De ouders hebben het recht van de aansprakelijke schadeloosstelling te vorderen voor de schade spruitend uit het verlies van het voordeel dat het kind hun verschafte door hun, geheel of ten dele, zijn loon af te staan (Cass., 28

okt. 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; *R.G.A.R.*, 1947, 3993 en 4307; *Arr.Cass.*, 1942, 129; zie verder over de aanspraak van de ouders, nr. 982 e.v.).

Buiten het geval van schade door terugkaatsing, in verband waarmee het vraagstuk duidelijk opgelost werd door het arrest van 16 januari 1939, zou het tot 1950 duren vooraleer het Hof de vraag in verband met de onmiddellijke schade zou beantwoorden (over dit begrip, zie verder, nr. 27 e.v.).

Het ging er over schade, door een gekwetst officier gesteld, wegens het feit dat hij tengevolge van zijn invaliditeit de voordelen verloren had van een bevordering tot een hogere rang.

Er was reeds vroeger beslist dat een officier geen recht heeft op een bevordering, hoe redelijk zij ook te verwachten is (Cass., 30 april 1936, *Pas.*, 1936, I, 230, ter zake ging het over een lagere officier).

Toch had het aangevochten vonnis aangenomen dat het slachtoffer in feite op een bepaalde datum tot kolonel zou bevorderd zijn, indien hij door het ongeval niet in zijn lichamelijke vermogens getroffen zou zijn geweest. Op deze grondslag werd dan ook de inkomstenschade en de extra-patrimoniale schade begroot.

Het Hof van Cassatie besliste dat de feitenrechter niet geoordeeld had dat het slachtoffer op deze bevordering een verworven recht had, maar dat soeverein uit vermoedens afgeleid was dat de Koning deze benoeming in feite zou gedaan hebben (Cass., 12 jan. 1950, *Pas.*, 1950, I, 311; *R.G.A.R.*, 1951, 4740). M.a.w. de schade bestond hier duidelijk in het verlies van een voordeel waarop het slachtoffer geen recht had. Hierdoor bevestigde het Hof nogmaals zijn bepaling van het schadebegrip: nadeel uit de krenking van een rechtmatig belang.

De vraag in hoever rekening moet gehouden worden met het verlies van de kans op een toekomstige bevordering zal uitvoeriger besproken worden (zie verder, nr. 112 e.v.).

16.1 Door een arrest van 2 mei 1955 heeft het Hof van Cassatie alle twijfel nopens zijn rechtspraak opgeheven (Cass., 2 mei 1955, *Pas.*, 1955, I, 950; *R.W.*, 1955-56, 935; *J.T.*, 1955, 695, *R.Crit.J.B.*, 1957, 99, met noot J. RONSE; noot RENARD, GRAULICH en S. DAVID, in *R.Trim.Dr.Civ.*, 1959, 202; R.O. DALCQ, II, 2868-2142; DE PAGE, II, nr. 950*bis*.

Het Hof van Beroep te Gent had in het bestreden arrest, met verwijzing naar het proefschrift van J. RONSE, het vereiste van rechtskrenking uitgesloten om de aanspraak van de zusters van het gedode slachtoffer te erkennen (Gent, 20 okt. 1954, *R.W.*, 1954-55, 1507; *R.G.A.R.*, 1955, 5450).

De voorziening in cassatie werd verworpen op de volgende gronden:

,,Overwegende dat artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek degene, die door zijn schuld een schade veroorzaakt heeft, ertoe verplicht deze te vergoeden;

Overwegende dat indien het eerste vereiste van deze wetsbepaling namelijk de schuld, een ongeoorloofde daad onderstelt, het tweede vereiste, de schade, daarentegen, een louter feitelijk gegeven is, bestaande uit een vermogensvermindering of de beroving van een voordeel;

Overwegende, met betrekking tot de schade, voor verweersters voortspruitende uit de omstandigheden dat het slachtoffer hun broeder, in hun onderhoud voorzag, dat deze schade geenszins het bestaan onderstelt, in hoofde van het slachtoffer, van een wettelijke of bedongen verplichting tot onderhoud jegens de benadeelden;

Dat artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek de dader van een ongeoorloofde handeling ertoe verplicht de gehele door deze handeling veroorzaakte schade te vergoeden, welke zeker is, en niet uit de beroving van een onrechtmatig voordeel voortspruit;

Overwegende dat het Hof van Beroep het voorhanden zijn van een dergelijke schade heeft vastgesteld,

door erop te wijzen dat de ongeoorloofde handeling, namelijk de onvrijwillige doding van de broeder van verweersters, bij gebrek aan vooruitzicht of voorzorg, voor hun de beroving van een voordeel hetwelk niet onrechtmatig was, namelijk het voorzien door het slachtoffer in hun onderhoud voor gevolg heeft gehad, en dat dit onderhoud een voldoende bestendigheid vertoonde, om de schade als zeker te doen beschouwen;

Overwegende dat verweersters er recht op hadden door aanlegger niet beroofd te worden van het voordeel hetwelk het slachtoffer hun verschafte, zonder er wettelijk te kunnen toe verplicht worden''.

16.2 Met betrekking tot de aanspraak op schadeloosstelling van een kloostergemeenschap, waaraan het slachtoffer-kloosterling uit *welwillendheid* zijn inkomen als leraar afstond, werd door een arrest van het Hof van Beroep te Brussel de eis afgewezen op het motief dat, alhoewel de kloostergemeenschap een volkomen wettig belang kon laten gelden, dit belang door geen enkel recht beschermd was en bijgevolg geen oorzaak kon zijn van een schadevergoeding op grond van art. 1382 B.W. (In dezelfde zin: Brussel, 19 nov. 1969, *J.T.*, 1970, 263; *R.G.A.R.*, 1970, 8447).

Dit gaf nogmaals aan het Hof van Cassatie de gelegenheid om met klem de rechtspraak van 1939 en 1955 te bevestigen door het bestreden arrest te verbreken:

,,Overwegende dat het arrest, dat erop wijst dat de door eiseres geleden schade onbetwistbaar is en dat haar belang dat aldus werd geschaad, rechtmatig is, niettemin beslist dat het hier gaat om een belang ,,dat volstrekt niet beschermd is door een recht'' en dientengevolge om een schade die niet kan worden vergoed op grond van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat uit de redenen van het arrest blijkt dat, om aldus te beslissen, het Hof van Beroep hierop steunt dat het voordeel door de getroffene aan eiseres, buiten elke wettelijke of contractuele verplichting en dus zonder dat hij daartoe door een rechtsvordering kan worden gedwongen, toegekend, hem niettemin ,,volkomen vrij liet om over zijn goederen te beschikken'';

Overwegende dat art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek de schuldige aan een onrechtmatige daad verplicht de schade door de daad veroorzaakt te vergoeden, voor zover de schade vaststaat en zij niet bestaat in de ontneming van een ongeoorloofd voordeel;

Overwegende dat de omstandigheid dat de genieter van een geoorloofd voordeel tegen degene die hem dit louter uit welwillendheid toekende, geen rechtsvordering had om hem daartoe te dwingen, niet uitsluit dat, wegens de schade die voortkomt uit de ontneming van een dergelijk voordeel door de schuld van een derde, de benadeelde tegen laatstgenoemde een rechtsvordering tot schadevergoeding kan instellen op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, zodra het voordeel voor de genieter een voldoende stabiliteit vertoonde om zijn schade als zeker te beschouwen.

Dat het arrest aldus uit de redenen waarop het gegrond is, niet wettelijk heeft kunnen afleiden dat de door eiseres geleden schade niet kon worden vergoed op grond van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek'' (Cass., 4 sept. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 1; *Pas.*, 1973, I, 1; *J.T.*, 1972, 674; *R.W.* 1972-73, 715; *R.G.A.R.*, 1973, 8958).

Reeds drie jaar vroeger, in een gelijkaardig geval (afstand van rustpensioen aan de kloostergemeenschap) had het Hof, dat evenwel enkel te oordelen had over een bestreden motivering nopens de zekerheid van toekomstige schade, op impliciete wijze ook deze keer zijn rechtspraak gehandhaafd (Cass., 24 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 690; *Pas.*, 1969, I, 655; *Bull.Ass.*, 1973, 871).

17 De oplossing van de arresten van 16 januari 1939, 2 mei 1955 en 4 september 1972 beantwoordt aan de overheersende opvatting in de rechtsleer en de rechtspraak (zie verder, nr. 23). Zij is de enige die aan artikel 1382 B.W. zijn volle draagwijdte verzekert. Weliswaar bekrachtigt elke sanctie een recht dat gekrenkt of bedreigd werd; en dit is ook het geval voor de sanctie uit artikel 1382 B.W., de schadeloosstelling.

Dit recht is nu niet wat wel eens al te simplistisch bepaald werd als het recht om geen

schade te lijden. Het is integendeel niets anders dan het recht, dat door de rechter, wanneer hij toepassing maakt van artikel 1382 B.W., tevens vastgesteld en bekrachtigd wordt, nl. het recht van elke mens om geen onrechtmatig veroorzaakte schade te lijden.

Het bestaan van dit recht in onze rechtsorde kan blijkens de ondubbelzinnige tekst van artikel 1382 B.W. niet betwist worden.

Deze regel, misschien de oudste, en in elk geval de meest fundamentele regel van het recht blijft in het verst ontwikkelde rechtssysteem een onmisbare taak vervullen, omdat het niet denkbaar is dat een wetgever alle mogelijke belangen, die rechtsbescherming waardig zijn, zou kunnen opsommen en van een specifieke rechtsbekrachtiging voorzien, zelfs niet wanneer men alleen de beschermingswaardige belangen zou inachtnemen die, op het ogenblik van dergelijke ontzaglijke codificatie, zouden bestaan.

Noch de onrechtmatigheid, noch de schade onderstellen aldus een, aan artikel 1382 B.W. voorafbestaand, en daarvan onafhankelijk recht, in hoofde van het slachtoffer, dat een ander zou zijn dan het recht om geen onrechtmatig veroorzaakte schade te lijden.

De onrechtmatigheid dient nagegaan te worden aan de zijde van de aangesprokene en vereist een beoordeling van zijn doen of laten, met het oog op wat past in het maatschappelijk verkeer, met inachtneming van goede zeden en goede trouw, m.a.w. de beoordeling van de correctheid van de handelwijze van degene die schade veroorzaakt heeft; of nog, de vaststelling bij deze laatste van wat in de klassieke Franse theorie *l'erreur de conduite* genoemd werd. Daartoe kan wel gebeurlijk het feit in aanmerking komen, dat bij het slachtoffer een voorafbestaand en bepaald recht gekrenkt werd, b.v. het eigendomsrecht. Opdat een daad echter onrechtmatige zou zijn, is evenwel geen voorafbestaand gecatalogeerd recht vereist (zie J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 101 e.v.).

Dit was zeer duidelijk in het geval dat tot de arresten van 16 januari 1939, 2 mei 1955 en 4 september 1972 aanleiding gaf (zie boven, nr. 13 en 16). De doodslag op het slachtoffer was onrechtmatig; daaraan wordt niets toegevoegd of ontnomen door de vaststelling of ontkenning van een recht op onderhoud jegens het slachtoffer, ten voordele van de broeder of zuster of van het recht om vrijgevig te zijn uit loutere welwillendheid.

Dit is even duidelijk bij onrechtmatige mededinging. Het recht van de mededinger op het behoud van zijn cliëntele komt niet ter sprake. Bepalend is het gebruik van onrechtmatige middelen in de mededinging (zie o.m. P. ROUBIER, *Le droit et l'action. Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, R.Trim.Dr.Civ.*, 1952, 161 e.v.).

GOTZEN neemt geen standpunt in de discussie rechtskrenking-belangenkrenking. Hij stelt dat het slachtoffer van onrechtmatige mededinging getroffen wordt in zijn kansen op het verwezenlijken van omstreden ruiltransacties en dat het genot van de ruilkansen een volwaardig subjectief recht is. Op grond hiervan besluit hij „dat op het terrein, bestreken door het algemene mededingingsrecht in ieder geval ruimschoots aan de vereisten van de strengste theorie der rechtskrenking is voldaan" (M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, 1963, II, nr. 681 e.v., 872 e.v.).

18 De opstellers van het Burgerlijk Wetboek hebben zeker niet aan het subtiele begrip rechtskrenking gedacht, toen zij artikel 1382 B.W. als de ruimste rechtsregel formuleerden.

Wellicht hebben zij in de geest van hun voorgangers (zie boven, nr. 4), de rechter willen vrijlaten om over de feitelijke toedracht, vrij van alle spitsvondige onderscheidingen te oordelen, en het herstel te verzekeren van „*toutes les pertes et tous les dommages*" (DOMAT, *Les lois civiles*, Liv. II, Tit. VIII, Sect. IV, I).

In de onbepaaldheid van artikel 1382 B.W. ligt de waarde van deze rechtsregel, die zich plooit en aanpast aan de meest wisselende werkelijkheid van beschermingswaardige belangen: *non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.*

De algemene beschouwing volgens welke artikel 1382 B.W. deel uitmaakt van een codex van rechten en verbintenissen, niet van belangen, en dat belangen dienvolgens op grond van artikel 1382 B.W. geen rechtsbekrachtiging zouden mogen ontvangen, is wezenlijk onjuist. Zij miskent het aanvullend karakter van deze bepaling (R.O. DALCQ, II, nr. 2871 e.v.).

Voorzeker, elke rechtsvordering onderstelt een recht. Maar het recht, voor de herstelvordering vereist — afgezien van datgene dat in artikel 1382 B.W. erkend en bekrachtigd wordt, nl. het recht om geen onrechtmatig veroorzaakte schade te lijden — is te vinden in het recht op schadeloosstelling zelf (BERTEN, *R.G.A.R.*, 1946, 3930; ROUAST, *Les sources du droit et le Code Napoléon, J.T.*, 1951, 129; *vgl.* ook de belangwekkende evolutie in het Engelse recht; J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 111 e.v.).

Artikel 1382 B.W., mag als de brug erkend worden, waarlangs tal van beschermingswaardige belangen, die door de wetgever niet als subjectieve rechten konden bepaald worden, en dus evenmin een eigen rechtsvordering ontvingen, evenwel *post factum*, nl. door de sanctie van het herstel van de schade, uit hun krenking ontstaan, in de rechtsorde erkend en bevestigd worden.

Door het uitvaardigen van dit voorschrift heeft de wetgever zijn onmacht om alles te voorzien en te regelen toegegeven en de nadelen daarvan in ruime mate voorkomen (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 55; L. RIPERT, nr. 6, blz. 6). Artikel 1382 B.W. is dan ook een substantiële norm die van geen andere afhangt: ,,L'article 1382 crée le droit à réparation, il ne se borne pas à sanctionner un droit préexistant'' (P. PARLANGE, noot sub. Cass.fr.ch. mixte, 27 febr. 1970, *Sem.J.*, 1970, 16.305).

De rechtskrenking, toevoeging aan de tekst, is noch noodzakelijk, noch voldoende opdat schade zou erkend worden (MARTY, noot onder Cass.fr., 27 juli 1937, *Rec. Sirey*, 1938, I, 322; ,,La lésion d'un droit n'est ni nécessaire, ni suffisante pour constituer le préjudice. Ce qui importe c'est la lésion d'un intérêt, sauf à exiger que le dommage ait un caractère de suffisante certitude et qu'il soit légitime, c'est-à-dire exempt d'illicéité ou d'immoralité''; FLOUR, noot onder Cass.fr., 22 febr. 1944, *Rec.Dall.*, 1945, J, 293; Rb. Chateauroux, 24 jan. 1950, *Rec. Sirey*, 1952, 2, 61, met noot BRUNET; M.G., noot onder Brussel, 24 dec. 1949, *Bull.Ass.*, 1952, 229; G. MORANGE, *La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative, Rec.Dall.*, 1953, *Chr.*, 28; A. TUNC, *Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation, R.Int.Dr.Comp.*, 1953, 26, nr. 28; COMBALDIEU, noot onder Cass.fr.ch. mixte, 27 febr. 1970, *Rec.Dall.*, 1970, J., 202; P. PARLANGE, *t.a.p.*).

De theorie van de rechtskrenking bleek overbodig om ongewenste aanspraken uit te sluiten.

Aldus b.v. is zij nutteloos gebleken om de bijzit af te wijzen (zie boven, nr. 11 en 12), terwijl zij anderzijds leidt tot de uitsluiting van rechtmatige eerbiedwaardige aanspraken, zoals deze van broeders en zusters, niet onderhoudsbehoeftige ouders, verloofden, e.d.m. (G. MORANGE, *t.a.p.*).

En anderzijds is deze theorie onjuist en gevaarlijk nu zij noodzakelijk leidt tot het afwijzen van rechtmatige aanspraken. De Franse rechtspraak had ze trouwens beperkt tot een middel om de vordering van de bijzit af te wijzen: ,,que penser d'une règle de droit d'une portée générale dont des raisons d'opportunité, voire d'équité, imposent de limiter l'application?'' (P. PARLANGE, *t.a.p.*).

AFDELING III

DE THEORIE VAN DE RELATIEVE ONRECHTMATIGHEID

19 In verschillende vreemde landen en in één alleenstaand arrest van het Belgische Hof van Cassatie geldt een stelsel, dat zeer verwant is met de theorie der rechtskrenking, nl. de theorie van de relatieve onrechtmatigheid, ook wel eens normbestemmingsleer genoemd. Zij strekt er, evenals de eerste, toe om de mogelijke aanspraken *a priori* te beperken.

Het wezenlijke van deze theorie — die op verschillende wijzen kan geformuleerd worden, naarmate men van aanspraak of aansprakelijkheid uitgaat — ligt hierin dat een onrechtmatige daad slechts als onrechtmatig kan beschouwd worden jegens diegenen wiens belang beschermd was door de overtreden norm. Die laatste alleen kan een aanspraak laten gelden tot herstel van de veroorzaakte schade. M.a.w. de schade moet veroorzaakt zijn door een jegens de aanspraakmakende persoon schuldige daad.

In deze theorie moet de schade dus niet altijd, en moet ook niet alle schade, door een onrechtmatige daad veroorzaakt, hersteld worden. Integendeel kan, naar deze stelling, slechts als schade voor herstel in aanmerking komen, het nadeel geleden in een door de overtreden norm beschermd rechtsgoed.

Het stelsel, tot zijn wezenlijke bestanddelen herleid, strekt er toe de aanspraakgerechtigden *a priori* te beperken, vóór alle onderzoek naar het oorzakelijk verband, op grond van een vereiste van relativiteit tussen de aangevoerde onrechtmatige daad en het gekrenkte belang: de onrechtmatige daad moet, afgezien van de in feite veroorzaakte schade, vooraf jegens de aanspraakmakende persoon onrechtmatig zijn.

Dit stelsel wordt toegepast onder verschillende benamingen, in het Duitse en het Nederlandse recht, en in de *Common Law* der Angelsaksische landen. De gemeenschappelijke stellingen van deze theorie kunnen samen aangeduid worden als de leer van de relatieve onrechtmatigheid of relativiteitsleer.

Naar de Duitse terminologie wordt zij ook *Schutznorm*-theorie genoemd, en in Nederland ook wel eens normbestemmingsleer of normentheorie, maar meestal *relativiteitsleer* (zie H. DRION, *Onrechtmatige daad*, I-D, nr. 127 e.v.; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, nr. 118 tot 124; Over het ontstaan en de ontwikkeling van deze theorie in het recht van het vasteland en in de *Common Law*,

raadpleeg J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, nr. 64 e.v.).

Indien t.o.v. de logica der begrippen met RUTTEN (*Themis*, 1955, 260) kan aangenomen worden dat — ook in Nederland b.v. — de relativiteitsleer geen afwijkende bepaling van het schadebegrip zelf wil verschaffen, moet toch erkend worden dat deze leer beperkend wil bepalen welke schade voor de toepassing van artikel 1382 B.W. (art. 1401 Ned. B.W.) in aanmerking zal mogen komen. Hetzelfde kan van de theorie der rechtskrenking gezegd worden waar zij de in aanmerking te nemen schade beperkt tot het nadeel uit rechtskrenking geleden.

Beide stelsels blijven verbonden als twee pogingen om de actieve zijde van de verbintenis uit onrechtmatige daad binnen engere perken te brengen, dan door tekst en strekking van artikel 1382 B.W. toegelaten is (*vgl.* SALEILLES, *Obligations*, 363, voetnoot).

Er moet hier slechts vermeld worden dat de Duitse *Schutznorm*-theorie en de erop gesteunde Nederlandse relativiteitsleer, de relativiteit gronden op de finaliteit van een beschermende norm, terwijl de Angelsaksische relativiteitsleer gekenmerkt is door het hanteren van het criterium voor voorzienbaarheid van een welbepaalde schade jegens een bepaald slachtoffer.

Maar welk ook het technische middel weze, komen beide theorieën overeen in het *a priori* beperken van de mogelijke aanspraken op grond van een betrekkelijke verplichting tot vooruitzicht of voorzorg.

Deze theorie heeft diepgaande invloed op de praktijk. Aldus kan de broeder van het gedode slachtoffer, naar deze stelling, geen schade stellen daar de doodslag relatief t.a. van hem, niet onrechtmatig is.

M.a.w. de overtreden norm „gij zult niet doden", strekte tot bescherming van het onmiddellijk getroffen slachtoffer, niet tot bescherming van de vermogensbelangen van zijn broeder.

20 In Frankrijk werd deze theorie door PLANIOL overgenomen (noot onder Cass.fr., 7 aug. 1895, *Dall.P.*, 1896, I, 81), en na hem in België door ROLIN (*a.w.*, blz. 83, voetnoot 1).

Een duidelijke toepassing van deze theorie vindt men in een Frans cassatiearrest (Cass.fr.civ., 17 maart 1958, *Sem.J.*, 1959, II, 10950 met noot J.P. GILLI en J. LAUVERSIN) maar blijft uitzondering t.a.v. de meer recente rechtspraak (Cass.fr.civ., 1 maart 1965, *Sem.J.*, 1965, II, 14134; 13 januari 1965, *Rec.Dall.*, 1965, *Somm.*, 86).

Een enkele maal werd zij toegepast in een, overigens alleenstaande uitspraak van het Belgische Hof van Cassatie (Cass., 22 aug. 1940, *Pas.*, 1940, I, 205; *Arr.Cass.*, 1940, blz. 76; zie de bespreking hiervan in J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 84, blz. 83 e.v., maar duidelijk verworpen in een arrest van het Hof van Beroep te Gent (10 dec. 1964, verenigde kamers, *R.W.*, 1964-65, 1151; *R.G.A.R.*, 1965, 7410, met noot; *Bull.Ass.*, 1966, 157, met noot; *anders:* Corr. Doornik, 24 sept. 1929, *R.G.A.R.*, 1930, 634; Kh. Brussel, 24 mei 1967, *B.R.H.*, 1967, 316; zie ook Rb. Brussel, 25 mei 1951, *R.G.A.R.*, 1952, 5033, met noot J.F.).

Vgl. F. DUMON in concl. vóór Cass., 23 april 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 805; het Europese Hof van Justitie maakt ook toepassing van bedoelde theorie (Arrest 14 juli 1961, zaken 9 en 12/60, *J.H.J.*, 1961, *J.H.J.*, Deel VII, 4, blz. 417-455, conclusies ROEMER, blz. 463-507; arrest 14 juli 1967, zaken 5/7 en 13 tot 24/66, *J.H.J.*, 1967, Deel XIII, 3, blz. 306-333, conclusie GAND, blz. 334-351).

21 Deze theorie blijkt echter vooreerst overbodig te zijn om ongewenste aanspraken te weren.

De juiste oplossingen waartoe deze theorie in het buitenland weleens leidde, konden evengoed bereikt worden met een juistere redengeving, hetzij wegens afwezigheid van onrechtmatigheid, hetzij wegens afwezigheid van oorzakelijk verband.

Deze theorie is bovendien zeer onjuist daar zij een onverantwoorde en ongewenste toevoeging inhoudt van een vereiste van aansprakelijkheid, waardoor de draagwijdte van het ruime voorschrift van artikel 1382 B.W. beperkt wordt.

De leer van de relatieve onrechtmatigheid gaat regelrecht in tegen het principe zelf dat aan artikel 1382 B.W. ten grondslag ligt.

Door niet alle schade, werkelijk veroorzaakt door een onrechtmatige daad, voor herstel in aanmerking te laten komen, worden een heel aantal schadegevallen onvergoed gelaten, ofschoon de dader een onrechtmatige daad verrichtte en er tussen deze onrechtmatige daad en de schade een onmiskenbaar oorzakelijk verband bestond (zie de uitvoeriger bespreking met bibliografie in J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 86 e.v.; DALCQ, II, nr. 2868-2942; J. LIMPENS, *La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé* in *Mélanges Savatier*, Parijs, 1965, 559 e.v.; *id.*, *Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de relativiteitsleer ter zake van onrechtmatige daden*, *R.W.*, 1961-62, 2437; S.R.L. VAN NUIJS, *Relativiteit t.a.v. de onrechtmatige daad*, *R.W.*, 1980-81, 618.

Artikel 1382 B.W. onderstelt de leer van de volstrekte onrechtmatigheid (J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Parijs, 1952, 90 e.v., nr. 74; *vgl.* LALOU, zesde druk, 487, nr. 812; DEMOGUE, IV, nr. 432, blz. 87; MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 277-8; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité extra-contractuelle*, 1973, nr. 336 e.v.).

Aldus werd terecht geoordeeld dat doodslag niet alleen tegenover het onmiddellijk getroffen slachtoffer onrechtmatig is, maar eveneens tegenover haar broeder die door haar onderhouden werd (Cass., 16 jan. 1939, *Pas.*, 1939, I, 25; *R.G.A.R.*, 1939, 3002; *vgl.* Cl. RENARD, noot, *R.Crit.J.B.*, 1947, 88).

In dezelfde zin werd geoordeeld dat het bedrog van de koper nopens de oorsprong van de verkochte waar (art. 498 Sw.), eveneens onrechtmatig is tegenover de mededinger wiens produkten nagemaakt werden (Cass., 15 okt. 1951, *Pas.*, 1952, I, 77; *R.P.S.*, 1953, 185 met de conclusie van HAYOIT DE TERMICOURT en noot; zie ook verder, nr. 300).

AFDELING IV

BESLUIT: ZEKERE KRENKING VAN EEN RECHTMATIG BELANG

§ 1. Het principe

22 Uit wat voorafgaat kan blijken dat een normatieve bepaling van de schade als rechtskrenking of haar beperking tot het door de overtreden norm beschermd belang een onaannemelijke toevoeging uitmaakt aan de bestanddelen van artikel

1382 B.W., aangezien de algemeenheid van zijn bewoordingen dergelijke beperking van het voorschrift uitsluit, terwijl zijn draagwijdte en zijn strekking, volgens de bedoeling van de wetgever en het traditionele gerechtsgebruik oneindig veel ruimer is (M. PUECH, *a.w.*, nr. 340).

De oplossing door het Belgische Hof van Cassatie gegeven in zijn arresten van 16 januari 1939, 2 mei 1955 en van 4 september 1972 (zie boven, nr. 13 en 16), verschaft niet alleen in historisch en systematisch opzicht een juiste verklaring van de wettekst, maar heeft bovendien de sociale draagwijdte van deze bepaling volledig gevrijwaard.

Schade in de zin van artikel 1382 B.W. is ieder nadeel spruitend uit de krenking van het belang dat iemand heeft bij het voortbestaan of bij het verwezenlijken van een voordeel dat door de onrechtmatige daad verminderd of verhinderd werd, met uitzondering van de onrechtmatige voordelen.

De schade wordt derhalve vastgesteld door de vergelijking tussen de toestand op het ogenblik van haar waardering, en degene waarin de benadeelde op hetzelfde ogenblik verder zou gebleven zijn, moest het schadegeval zich niet hebben voorgedaan, de waarde van de herstelvordering buiten beschouwing gelaten (Cass.fr.civ., 9 mei 1972, *Rec.Dall.*, 1972, *Somm.* 167).

Men bemerkt aldus dat schadebegrip op verre na geen eenvoudig begrip is.

Het zal dan ook in de praktijk nooit kunnen gehanteerd worden in louter deducties, *more geometrico*, die overigens hun plaats vinden in de verlaten *Begriffsjurisprudenz*.

De vraagstukken van het schadevergoedingsrecht kunnen maar juist gesteld en opgelost worden door telkens terug te keren tot het juiste inzicht van de feitelijke werkelijkheid, die als schade begrepen wordt.

Daarbij dient vooral onderstreept te worden het hypothetische en het causale karakter van dit begrip. De telkens wederkerende moeilijkheid die hieruit onvermijdelijk ontstaat werd goed geschetst door TUNC:

,,La notion même de ,,dommage qui ne se serait pas produit sans une faute'' et qui, par conséquent devrait être réparé est, comme nous le disions, fondamentalement hypothétique.

La réparation suppose en principe, une comparaison entre l'état de la victime avant et après la faute. Mais, lorsque le dommage se développe dans le temps, il faut comparer la situation de la victime à la suite de l'accident à ce qu'elle eût été sans l'accident, et c'est là que s'introduit l'incertitude, car le même dommage eût pu résulter d'autres causes. La comparaison ne serait possible rigoureusement que si tous les autres facteurs dont dépend la victime pouvaient être immobilisés. En fait, il n'en est pas ainsi, et la comparaison repose sur une série d'hypothèses de plus en plus incertaines, toutes fondées sur cette hypothèse fondamentale que la situation de la victime n'aurait pas pu se déteriorer sous l'influence d'autres facteurs'' (*R.Int.Dr.Comp.*, 1953, 31, nr. 33).

Aan deze vaststelling zal herhaaldelijk moeten herinnerd worden bij de behandeling van verschillende vraagstukken (zie o.m. verder, nr. 399 en 493 e.v.).

Inderdaad de moeilijkheid om vast te stellen, waarin de schade juist bestaat, en hoe groot haar omvang is, behoort tot het wezen zelf van de te beantwoorden vraag. In talrijke gevallen, en zeker in de belangrijkste schadegevallen — nl. door aantasting van lijf en leven — is de rechter in ruime mate aangewezen op waarschijnlijkheidsberekeningen (*vgl.* GLARNER, *a.w.*, blz. 46).

Menige oplossing zal dus vaak slechts de waarschijnlijk juiste oplossing van het concrete geschil kunnen

uitmaken, zoals o.m. verder, bij de bespreking van de zekerheid van de schade zal kunnen blijken (zie verder, nr. 91 e.v.).

23.1 De stelling die elke normatieve bepaling van de schade verwerpt, is overheersend in de rechtsleer in België (*Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 78 e.v.; nr. 387; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 184; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 51 e.v.; nr. 218 e.v.; FONTEYNE, noot onder Cass., 16 jan. 1939, *R.G.A.R.*, 1939, 3002; en onder Cass., 2 mei 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5677; BERTEN, *R.G.A.R.*, 1946, 3930; VAN RIJN, noot onder Brussel, 12 april 1944, *R.Crit.J.B.*, 1947, 116 e.v.; M.G., noot onder Brussel, 24 dec. 1949, *Bull.Ass.*, 1952, 229, J. RONSE, *Aansprak...*, nr. 99 tot 130; Id. noot in *R.Crit.J.B.*, 1957, 202; DALCQ, II, nr. 2912 e.v.; Examen de Jurisprudence (1964-1967), *R.Crit.J.B.*, 1968, 349, nr. 85; SCHUERMANS, *Overzicht van rechtspraak* (1961-1968), *T.P.R.*, 1969, 75, nr. 2; L. DE WILDE, *Begrip ,,schade''*, in H. VANDENBERGHE, e.a., *Onrechtmatige daad*, 1979, 181).

Ook in Nederland schijnt deze opvatting veel auteurs overtuigd te hebben die hun bezwaren tegen de relativiteitsleer lieten gelden (zie o.m. LANGEMEIJER, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten, in hare betekenis voor de onrechtmatige daad*, *W.P.N.R.*, 1941, nr. 3706, 4 e.v.; Id., noot in *N.J.B.*, 1940, 533; SLAGTER, *De rechtspraak van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 1952, 2 e.v.; WERTHEIM, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst*, 1930, 126; HOFFMANN, *Verbintenissenrecht*, zesde druk, 315).

Het nieuw Ned. B.W., art. 6.3.2.1. volgt de relativiteitsleer (H.K. KÖSTER, *Causaliteit en voorzienbaarheid*, Rede, 1963, 13, 35, 43; G.J. SCHOLTEN, noot in *N.J.*, 1964, 434) met het gevolg dat, volgens H. DRION, het oordeel van de hedendaagse auteurs positiever is over de leer van de relativiteit. De meeste hangen deze leer in een of andere vorm aan (*Onrechtmatige daad*, I, 137, nr. 130; BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, nr. 124).

23.2 In het grootste deel der *Belgische rechtspraak* wordt de schade als belangenkrenking bepaald. Dit was reeds de traditionele rechtspraak in België vóór het arrest van 1939.

Aldus werd in een vonnis van de rechtbank te Brussel, 7 maart 1898, de traditionele formule van de Franse rechtspraak uitdrukkelijk hernomen: ,,l'article 1382, en ordonnant la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, ne limite ni la nature du fait dommageable, ni la nature du dommage éprouvé, ni la nature du lien qui doit unir, en cas de décès, la victime du fait avec celui de ses ayants-droit qui en demande réparation'' (*Pand.Pér.*, 1899, nr. 73; in dezelfde zin, de uitspraken aangehaald in *Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 78 e.v.).

In een arrest van 21 november 1900 oordeelde het Hof te Brussel:

,,Attendu que les articles 1382 et s. du Code civil disposent en termes généraux que quiconque, soit par sa propre faute ou par la faute de ceux dont il doit répondre, soit par les choses ou les animaux qu'il a sous sa garde, cause à autrui un dommage, est tenu de le réparer;

Attendu qu'il résulte de la généralité des termes de la loi sans limitation au profit de certaines personnes à l'exclusion de toutes autres, que tous ceux qui sont lésés par le fait dommageable peuvent agir en réparation du préjudice souffert, pourvu que le préjudice dérive directement du fait dommageable et que la partie qui se prétend lésée ait, pour en poursuivre la réparation, un intérêt personnel, appréciable et actuellement certain;

Attendu que ce principe est explicitement consacré par l'art. 3 de la loi du 17 avril 1878 qui accorde l'action civile, en matière répressive, à tous ceux qui ont éprouvé un dommage, par suite d'une infraction;

Qu'il n'y a pas de raison de distinguer quant à ce, entre les délits de droit pénal et les délits et quasi-délits de

droit civil" (*Pand.Pér.*, 1900, 1384; *anders:* Gent, 5 febr. 1908, *Pand.Pér.*, 1908, nr. 728; Rb. Ieper, 30 april 1891, aangehaald en betwist in *Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 387; Corr. Neufchateau, 29 jan. 1936, *R.G.A.R.*, 1936, 2242).

De jongere Belgische rechtspraak sloot zich vrij algemeen aan bij de oplossing van het arrest van 1939 (Brussel, 12 april 1944, *R.Crit.J.B.*, 1947, blz. 113; Rb. Kortrijk, 15 april 1948, *R.W.*, 1948-49, 651; *J.T.*, 1948, 563; Rb. Kortrijk, 13 mei 1948, *R.W.*, 1948-49, 659; Rb. Kortrijk, 25 juni 1948, *R.W.*, 1948-49, 1174; *R.G.A.R.*, 1949, 4419; Corr. Luik, 1 april 1950, *Bull.Ass.*, 1950, 824; Luik, 24 okt. 1950, *Bull.Ass.*, 1951, 399; *J.T.*, 1951, 8 met noot M. MAYNÉ; Gent, 20 okt. 1954, *R.W.*, 1954-55, 1507; *R.G.A.R.*, 1954, 5450; Luik, 24 dec. 1953, *J.T.*, 1954, 369 en 441; Brussel, 10 februari 1960, *R.W.*, 1960-61, 1573; Brussel, 30 sept. 1960, *J.T.*, 1961, 24; Gent, 17 april 1961, *R.W.*, 1961-62, 710; *R.G.A.R.*, 1962, 6951; Gent, 26 juni 1968, *Bull.Ass.*, 1973, 871; Brussel, 3 maart 1970, *R.W.*, 1970-71, 332; Gent, 25 jan. 1972, *R.W.*, 1971-72, 1598; Luik, 15 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1975, 9521; Mil.Ger., 7 febr. 1970, *R.W.*, 1970-71, 128; Mil.Ger., 17 maart 1971, *R.W.*, 1971-72, 276; Rb. Charleroi, 7 febr. 1959, *J.T.*, 1960, 617; Corr. Tongeren, 12 nov. 1965, *R.W.*, 1966-67, 1045; Corr. Tongeren, 30 jan. 1968, *J.Liège*, 1967-68, 203; Corr. Arlon, 17 dec. 1969, *J.Liège*, 1968-69, 204; Corr. Huy, 30 april 1976, *R.G.A.R.*, 1977, 9790; Pol. Luik, 24 april 1975, *Pas.*, 1975, III, 40; Leopoldstad, 13 aug. 1957, *Pas.*, 1958, II, 149; *anders:* Brussel, 19 nov. 1969, *J.T.*, 1970, 263; *R.G.A.R.*, 1970, 8447; Rb. Brussel, 31 mei 1945, *Bull.Ass.*, 1945, 277; Rb. Brussel, 25 maart 1948, *R.W.*, 1947-48, 1152; *R.G.A.R.*, 1948, 4220; Luik, 19 jan. 1948, *Pas.*, 1948, II, 29; *R.G.A.R.*, 1948, 4191; Corr. Luik, 22 dec. 1953, *J.T.*, 1954, 227; *Jur. Liège*, 1953-54, 257; *Bull.Ass.*, 1954, 243, met noot M.G.; *R.Crit.J.B.*, 1954, 161, met noot DABIN; *vgl.* de overbodige motieven in: Brussel, 22 jan. 1955, *R.G.A.R.*, 1955, 5556; Krijgsraad Antwerpen, 17 dec. 1970, *R.W.*, 1971-72, 1509; Kh. Antwerpen, 6 okt. 1965, *J.Port.Anv.*, 1966, 76).

23.3 De evolutie van de Franse rechtspraak werd reeds geschetst (zie boven, nr. 12). Tot aan het cassatiearrest van de „chambre mixte" op 27 februari 1970 was de rechtspraak zeer verdeeld: er kwam geen rechtsvrede rond de theorie van de rechtskrenking. Er werd reeds hoger (nr. 12) betoogd dat thans ook in Frankrijk de zekere krenking van een rechtmatige belang volstaat voor de aanspraak op schadeloosstelling, zoals het door de doctrine gewenst werd, die daarbij de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie als na te volgen voorbeeld vermeldde (MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 277-8, blz. 377).

24 Het Belgische Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 1939 ogenschijnlijk twee bestanddelen toegevoegd aan het als belangenkrenking bepaalde schadebegrip, nl. de *zekerheid* van het nadeel, en de *rechtmatigheid* van het gekrenkte belang.

Wanneer hier echter dieper op ingegaan wordt, moet vastgesteld worden dat beide bestanddelen niet horen tot het schadebegrip, maar integendeel de voorwaarden verschaffen voor de ontvankelijkheid en de gegrondheid van een herstelvordering uit een, bij onderstelling, vaststaande onrechtmatige daad.

Inderdaad, zoals verder zal vastgesteld worden (zie verder, nr. 32 e.v.), is, voor de *ontvankelijkheid* van een vordering tot schadeloosstelling, in principe vereist dat

schade gesteld wordt, en voor haar *gegrondheid* dat zij zeker zou vaststaan.

De zekerheid van het aangevoerde nadeel of verlies is geen bestanddeel van de schade zelf.

Deze laatste zou gebeurlijk in feite kunnen bestaan, zonder ten genoege van rechte als zeker vast te staan. Zekerheid is slechts een voorwaarde van toewijsbaarheid van de vordering tot schadeloosstelling.

De zekerheid van het aangevoerde nadeel wordt *in concreto* ten aanzien van de feiten getoetst. Aan de vraagstukken die in verband met de zekerheid van de aangevoerde schade oprijzen zal dan ook een afzonderlijk onderzoek gewijd worden (zie verder, nr. 91 e.v.).

25 Het tweede bestanddeel dat ogenschijnlijk in het arrest van 16 januari 1939 aan het schadebegrip werd toegevoegd, — nl. de rechtmatigheid van het gekrenkte belang, of van het verloren voordeel, — betreft slechts de ontvankelijkheid van de herstelvordering.

Inderdaad, het middel van niet-ontvankelijkheid, gesteund op de onrechtmatigheid van het gekrenkte belang waarvoor schadeloosstelling gevorderd wordt, strekt er toe vóór alle onderzoek omtrent het al dan niet voorhanden zijn van zekere schade te doen vaststellen dat deze, zelfs in bevestigend geval, niet in aanmerking zou kunnen genomen worden (over het begrip ontvankelijkheid, zie verder, nr. 32).

Denk hier b.v. slechts aan de schade geleden door inbreuk op een niet ingeschreven merk. De schade is wellicht zeer groot, maar niettemin wordt de werkelijkheid ervan niet onderzocht nu de eis niet ontvankelijk is (zie Tw. *Merken*).

Een tweede voorbeeld van niet-ontvankelijkheid der herstelvordering op grond van een regel van het materiële recht, hoe zeker de schade ook mag zijn, biedt het familierecht.

De overspelige aard van de afstamming moet, behoudens wettelijke ontkenning of vernietiging van het huwelijk wegens bigamie, volstrekt geheim blijven. Dienvolgens kan de wettige vader de kosten van levensonderhoud niet verhalen tegen de biologische vader wanneer de eerste naliet zijn vaderschap te ontkennen. Dergelijke vordering ware niet ontvankelijk, hoe zeker ook de schade zou kunnen vastgesteld worden.

Het is hier niet mogelijk alle dergelijke middelen van niet-ontvankelijkheid tot en met de bevrijdende verjaring op te sommen waardoor, vóór alle onderzoek naar de werkelijkheid van de aangevoerde schade, de herstelvordering als niet-ontvankelijk moet afgewezen worden.

De onrechtmatigheid van het gekrenkte belang is echter wellicht het belangrijkste middel van niet-ontvankelijkheid ter zake van aanspraak uit onrechtmatige daad.

Het bestanddeel van de rechtmatigheid dient dan ook niet in het schadebegrip opgenomen te worden, maar zal verder afzonderlijk als algemene voorwaarde van de aanspraak op schadeloosstelling behandeld worden (zie verder, nr. 34 e.v.).

§ 2. Toevallige invloed van het ontbreken van rechtskrenking

26 Indien rechtskrenking noch noodzakelijk is noch voldoende opdat de schade zou vaststaan (zie boven, nr. 18) moet evenwel opgemerkt worden dat het ontbreken van rechtskrenking, — zonder hierin maar in het minst een bestanddeel van

de schade te erkennen, — evenwel niet altijd zonder invloed zal zijn.

De zekerheid van de schade is inderdaad een vereiste voor de toewijzing van de eis tot schadeloosstelling, vermits de grondslag van de eis zeker moet vaststaan.

De erkenning van een voorafbestaand recht bij de benadeelde zal in sommige gevallen gemakkelijker de zekerheid van het aangevoerde nadeel laten erkennen, evenwel zonder daartoe noodzakelijk te volstaan (Corr. Dinant, 20 dec. 1960, *J.T.*, 1961, 155; Corr. Marche, 22 sept. 1961, *J.T.*, 1962, 68 met noot Ch. V.R.). Het ontbreken ervan zal een vraagstuk van feitelijke zekerheid stellen, voor elk geval afzonderlijk *in concreto* na te gaan.

Aldus is het duidelijk, dat de zekerheid van de door de weduwe en de kinderen aangevoerde schade gemakkelijker zal erkend worden, dan diegene die gesteld wordt door een broer of zuster van het overleden slachtoffer, op voorwaarde althans dat het onderhoud waarop de aanspraakgerechtigde een recht mocht laten gelden, in feite verschaft werd (G. MORANGE, *La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative, Rec.Dall.*, 1953, *Chr.*, blz. 28; *vgl.* echter: Gent, 14 mei 1952, *R.W.*, 1953-54, 71; *Bull.Ass.*, 1953, 265).

Het recht op levensonderhoud van de eersten, jegens wie het slachtoffer bij onderstelling op het ogenblik van het ongeval, zijn plicht vervulde laat toe, zolang het tegenbewijs niet geleverd werd, te besluiten dat het onderhoud verder zou verstrekt blijven.

In het tweede geval zullen de omstandigheden dienen onderzocht te worden en zal moeten nagegaan worden of de uitkeringen door het overleden slachtoffer gedaan, van zodanige aard waren dat — rekening houdend met de duur tijdens dewelke zij nog naar redelijke verwachting verder zouden verstrekt zijn — alleen zijn dood hieraan een vroeger einde zou stellen (Cass., 18 december 1972, *Pas.*, 1973, I, 381; *Arr.Cass.*, 1973, blz. 396; *Bull.Ass.*, 1973, 913 met noot R.B.).

De rechtspraak zal deze principes toepassen om aan te nemen dat, bij het overlijden van een kind, de niet onderhoudsbehoeftige ouders die zijn inkomsten genoten, slechts op de inkomsten van enkele jaren aanspraak mogen maken, nl. tot aan de vermoedelijke datum van een huwelijk (zie verder, nr. 988).

Op dezelfde wijze zal het vraagstuk gesteld worden bij de begroting van de inkomstenschade, wanneer het gekwetste of gedode slachtoffer, benevens zijn loon en de gebeurlijke daaraan verbonden uit overeenkomst verschuldigde voordelen *in natura*, ook niet verschuldigde voordelen genoot.

Indien het slachtoffer op deze voordelen geen recht kan laten gelden uit overeenkomst, zullen zij niet in aanmerking komen voor de begroting van de schadeloosstelling wegens contractuele wanprestatie. Zij kunnen niettemin mede in aanmerking genomen worden, — mits zij naar redelijke verwachting verder zouden genoten zijn — bij de begroting van de door de derde-aansprakelijke, uit onrechtmatige daad verschuldigde vergoeding voor inkomstenschade.

Wanneer het slachtoffer op het verloren voordeel geen enkel recht kan laten gelden, zal de schade gebeurlijk slechts als een verloren kans in aanmerking genomen worden (zie verder, nr. 103 e.v.).

27 M.a.w. zonder hierin een bestanddeel van de schade te zoeken, zal de rechtskrenking in aanmerking genomen kunnen worden als één mogelijke toetssteen van de zekerheid van de schade en als element voor de begroting van de omvang van de schade (BERTEN, *R.G.A.R.*, 1946, 3939; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 218; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 184, blz. 414).

Dit is dan ook de eerste schakering die terecht door het Hof van Cassatie in zijn principearrest van 1939 aan de bepaling van de schade als belangenkrenking toegevoegd werd: ,,que, sans doute ..., la circonstance que le demandeur en réparation n'a point un droit, muni d'action, à l'encontre de la personne qui lui procurait l'avantage dont le fait illicite le privé, peut influencer la décision du juge du fond sur le caractère certain du dommage et sur le montant de celui-ci, mais que l'article 1382 du Code civil ne subordonne pas à l'existence d'un tel droit l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite'' (Cass., 16 jan. 1939, *Pas.*, 1939, I, 25; zie ook Cass., 28 okt. 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; *Arr.Cass.*, 1942, 129; *R.G.A.R.*, 1947, 3993 en 4037).

HOOFDSTUK II

VERSCHILLENDE SOORTEN VAN SCHADE

AFDELING I

ONMIDDELLIJKE SCHADE EN SCHADE DOOR TERUGKAATSING

28 De vaststelling dat ter gelegenheid van éénzelfde onrechtmatige daad en van de verwezenlijking van één enkel materieel schadegeval verschillende personen eigen schade kunnen aanvoeren, leidde, zoals reeds opgemerkt werd, tot het belangrijke onderscheid tussen twee soorten van schade: aan de ene kant de onmiddellijke schade, en aan de andere kant de schade door terugkaatsing. Deze laatste is de schade geleden door anderen dan het onmiddellijk betrokken slachtoffer, die evenwel een werkelijk belang hadden bij het behoud van de persoon of het vermogen van het onmiddellijk getroffen slachtoffer.

Een onrechtmatige daad kan immers op twee zeer verschillende wijzen schade veroorzaken.

De benadeelde kan onmiddellijk getroffen worden in zijn persoon, zijn lichaam, in zijn eer, of in zijn goederen.

Aldus b.v. lijdt de eigenaar schade wanneer zijn auto vernield werd in een ongeval, of nog, lijdt de gekwetste persoon schade tengevolge van zijn verwondingen.

De schade kan echter bij een persoon ook ontstaan doordat een derde in zijn persoon of goederen getroffen werd. Dit is het geval wanneer hij van de persoon van het onmiddellijk getroffen slachtoffer of uit zijn vermogen voordelen ontving of verwachtte, die tengevolge van de onrechtmatige daad verhinderd werden.

Aldus b.v. lijdt het kind schade door terugkaatsing, wanneer zijn vader, die hem onderhield en opvoedde, door een onrechtmatige daad gedood werd.

Deze laatste soort van schade werd wel eens bestempeld als schade van de tweede graad (*Pand.B.*, Tw. *Préjudice,* nr. 18: „les dommages du second degrée"). LAURENT vermeldt naast de schade van het slachtoffer: „... celui (le préjudice) que souffre la famille quand le fait dommageable rejaillit sur elle" (LAURENT, XX, nr. 528, blz. 572).

De beste formulering werd door MAZEAUD verschaft met de uitdrukking: schade door terugkaatsing. *Dommage par ricochet* (MAZEAUD, II, nr. 1872, blz. 701; MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 273; DALCQ, II, nr. 2973 e.v.; J. CANIVET, *De la réparation du préjudice des victimes par ricochet, J.T.,* 1963, 597 en 671). In de Franstalige Belgische rechtsleer en rechtspraak ontmoet men ook vaak de uitdrukking „*Dommage subi par répercussion*" (Cass., 17 juni 1963, *Pas.*, 1963, I, 1096;

R.Crit.J.B., 1964, 446 met noot J. KIRKPATRICK, Luik, 25 juni 1969, *J.Liège*, 1969-70, 28).

In Frankrijk wordt wel eens de uitdrukking „*préjudice réfléchi*" gebruikt (J. DUPLICHOT, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Parijs, 1969).

In Nederland wordt in art. 1406 B.W. limitatief opgesomd wie aanspraakgerechtigd is, nl. „de overblijvende echtgenoot, de kinderen of de ouders van den nedergeslagene, die door zijnen arbeid plegen te worden onderhouden". In het nieuw Ned. B.W., art. 6.1.9.12 krijgen naast de echtgenoot en de wettige en onwettige kinderen ook andere bloed- en aanverwanten recht op vergoeding indien de overledene hun reeds vóór het ongeval levensonderhoud verschafte.

Dit nieuwe artikel sluit thans niet meer uit dat ook de concubine of de gezel een aanspraak toekomt voor het verlies van rechtmatig geachte belangen (art. 6.1.9.12 mb litt. d) en e); H. DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 290).

AFDELING II

VERMINDERD VERMOGEN EN VERHINDERDE WINST

29 Bij de regeling van de schadeloosstelling wegens wanprestatie wordt in artikel 1149 B.W. uit het Romeinse recht het onderscheid tussen het *damnum emergens* en het *lucrum cessans* overgenomen, en wordt bepaald dat beide voor herstel in aanmerking komen.

Deze bepaling, die ter zake van aanspraak uit overeenkomst reeds *overbodig* was, is het stellig ten aanzien van de aanspraak uit onrechtmatige daad.

Uit de bepaling van de schade (zie boven, nr. 22) volgt duidelijk dat beide posten, zowel de vermindering van het vermogen, als de verhindering van een aangroei ervan, verliezen zijn die tot de schade in de zin van artikel 1382 B.W. behoren (L. RIPERT, blz. 160; MAZEAUD, III, nr. 2361, blz. 473; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 1972, nr. 307; H. LALOU, *Traité*, zesde druk, 1962, nr. 71; A.R. BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 72; H. DRION, *Onrechtmatige daad*, II-77, nr. 126; R.O. DALCQ, II, nr. 3416).

De balans wordt inderdaad gemaakt tussen de huidige werkelijkheid en een hypothetische toestand: wat gebleven of gebeurd zou zijn, indien de schade niet veroorzaakt was.

Dit is niet alleen het geval voor de winsten of inkomsten die tussen het schadegeval en de uitspraak verhinderd werden, maar ook voor de winsten én inkomsten die in de toekomst zullen verhinderd worden, m.a.w. de toekomstige schade (zie hierover verder, nr. 94 e.v.).

AFDELING III

ACTUELE EN TOEKOMSTIGE SCHADE

30 De schade kan reeds geleden zijn op het ogenblik waarop de vordering aan het oordeel van de rechter onderworpen is, of integendeel pas later ontstaan. In het eerste geval is er actuele schade, in het laatste is er toekomstige schade. Beide soorten schade komen voor herstel in aanmerking op voorwaarde dat haar actueel of toekomstig bestaan zeker zijn (zie verder, nr. 94 e.v.).

In dit verband wordt ook wel eens het onderscheid gemaakt tussen doorlopende schade *(préjudice successif)* en momentschade (zie verder, nr. 501).

Over de verwarring tussen *schadezekerheid* en *schadebegroting*, die tot gevolg heeft dat bepaalde auteurs niet alleen schadezekerheid doch ook schadeactualiteit eisen, zie verder, nr. 91 e.v. (L. SCHUERMANS, *Overzicht van rechtspraak*, 1961-68, *T.P.R.*, 1969, 77, nr. 5).

AFDELING IV

VERMOGENSSCHADE EN EXTRAPATRIMONIALE SCHADE

31 De primaire betekenis van de schade is klaarblijkelijk deze van de vermogensschade.

Dit is het nadeel, dat ontleed wordt als een economische vermindering van het vermogen of als de materiële of fysieke verhindering van een aanwas van dit vermogen.

De vermogensschade beantwoordt aan een economisch verschil tussen de toestand van het vermogen op het ogenblik van de begroting der schade, en de toestand waarin datzelfde vermogen zou zijn gebleven indien de onrechtmatige daad niet verricht was (zie boven, nr. 22).

Daarom is de aantasting van de fysieke integriteit ook vermogensschade: hierdoor verliest het slachtoffer immers de middelen die het had om door zijn bedrijvigheid, zijn vermogen in stand te houden of te doen aangroeien.

Daartegenover staat de extrapatrimoniale schade, of niet-economische schade.

Deze schade bestaat in het nadeel dat in geen enkel opzicht kan ontleed worden als de aantasting of verarming van het vermogen: daardoor is zij ook niet op geld waardeerbaar, en is het herstel ervan moeilijk te bepalen en te begroten.

Gezien de zeer bijzondere vraagstukken tot de welke de extrapatrimoniale schade en haar herstel aanleiding geven, zal hieraan een afzonderlijke titel moeten gewijd worden (zie verder, nr. 606 e.v.).

Wat de terminologie betreft zal verder ook aangeduid worden hoe de uitdrukkingen onstoffelijke of zedelijke of nog ideële schade, onjuist of minstens onnauwkeurig zijn (zie verder, nr. 607).

TITEL II

DE AANSPRAAK OP SCHADELOOSSTELLING

32.1 De aanspraak op schadeloosstelling moet aan dezelfde vereisten voldoen als het vorderingsrecht in het algemeen.

Tot haar ontvankelijkheid is vereist een hoedanigheid en een belang om ze in te dienen, naast de bekwaamheid om in rechte op te treden (art. 17 en 18 Ger.W.; SOLUS/PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, nr. 228; Ch. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, I, 41).

32.2 Aan de bekwaamheid van de partijen om in het geding tot schadeloosstelling op te treden, dient hier geen bijzonder onderzoek gewijd te worden.

Er hoeft maar aan herinnerd te worden dat sinds de Wetten van 30 april 1958, 22 juni 1959 en 14 juli 1976, de gehuwde vrouw, net zo goed als haar man, principieel de bekwaamheid bezit om zonder de minste toestemming rechtshandelingen te stellen houdende vestiging, aanwijzing of overdracht van een recht, of zijnde een daad van genot, van beheer of van beschikking, en om hetzij als eisende, hetzij als verwerende partij in recht op te treden, zelfs buiten iedere beroeps-, handels- of nijverheidsactiviteit om (DELVA/BAERT, *Personen en Familierecht, Overzicht van rechtspraak* (1960-63), *T.P.R.*, 1964, 354, nr. 46 e.v.; DELVA/BAETEMAN/BAX, *Personen en Familierecht, Overzicht van rechtspraak* (1965-1974), *T.P.R.*, 1976, 329, nr. 40 e.v.). Vóór de Wet van 14 juli 1976 was het de gehuwde vrouw nochtans verboden rechtsvorderingen uit te oefenen die krachtens het stelsel van de gemeenschap van goederen aan de man, als beheerder van de gemeenschap en van de persoonlijke goederen van de vrouw toebehoren (Cass., 25 okt. 1965, *Pas.*, 1966, I, 256 met noot). Wat het nieuwe huwelijksvermogensrecht betreft (Wet van 14 juli 1976) waarbij onder de vroegere wetgeving bestaande regeling van de bevoegdheden van de echtgenoten is afgeschaft, meer bepaald ten aanzien van de actuele uitvoering van haar rechtshandelingen, zie de art. 212, derde lid, 1415, 1425 B.W. (G. BAETEMAN, *Het Primair Huwelijkstelsel, T.P.R.*, 1978, 151, nr. 8 en 41; R. DILLEMANS, *Het Wettelijk Stelsel, Baten van het eigen en van het gemeenschappelijk vermogen, Wederbelegging en bewijsvoering, T.P.R.*, 1978, 351, nr. 11 en 12).

Er kan ook nog aangestipt worden dat de gefailleerde — al is die in de juridische zin van het woord geen onbekwame — niettemin het beheer van zijn goederen ten gevolge van het faillissement verliest (art. 444 W.Kh.). Vanaf dat ogenblik zal, in principe, overeenkomstig artikel 452, eerste lid, W.Kh. de rechtsvordering van de gefailleerde ingesteld of voortgezet worden door de curator (FREDERICQ, VII, 185, nr. 87). Verder zal besproken worden welke rechten en rechtsvorderingen niet aan het beheer van de gefailleerde onttrokken worden wegens hun strikt persoonlijke aard, zoals b.v. de rechtsvordering tot herstel van extrapatrimoniale schade (zie verder, nr. 160 e.v.).

32.3 In verband met de h o e d a n i g h e i d , d.i., de rechtsgrond volgens welke een persoon geldig in het geding optreedt, zullen integendeel enkele bijzondere vraagstukken moeten opgelost worden (zie verder, nr. 130 e.v.; VAN REEPINGHEN, *Verslag,* 45, noot 46).

32.4 Het b e l a n g , in de processuele betekenis, bestaat in ieder stoffelijk of zedelijk voordeel — effectief maar niet theoretisch — dat de eiser kan trekken uit de vordering die hij instelt op het ogenblik waarop hij ze aanhangig maakt, zelfs zo de erkenning van het recht, de ontleding of de ernst van de schade slechts komt vast te staan op het ogenblik van de uitspraak van het vonnis (VAN REEPINGHEN, *Verslag,* 41). Een vordering kan niet toegelaten worden die, zelfs indien de eiser ten gronde gelijk zou halen, hem nochtans patrimoniaal of extrapatrimoniaal geen nut zal opleveren noch zijn toestand wijzigen (bijvoorbeeld een rechtsmiddel tegen een beslissing van het R.I.Z.I.V., die niet vatbaar is voor gedwongen uitvoering, is niet toelaatbaar bij gebrek aan belang: Arbrb. Brussel, 22 februari 1971, *Pas.,* 1971, III, 60; zie ook Rb. Brussel, 9 februari 1949, *Pas.,* 1951, III, 14).

Met het hier bedoelde processueel belang, nl. datgene wat door de eiser wordt nagestreefd, *i.c.* schadevergoeding of herstel in de vorige toestand, mag niet zonder meer vereenzelvigd worden het rechtmatig belang, waarvan het verlies of de aantasting precies de schade uitmaakt. Hier wordt door het gekrenkte belang een verloren voordeel bedoeld waarvoor schadevergoeding (processueel belang) wordt gevorderd. Het is het eerste lid van de vergelijking, die, na de fout, moet gemaakt worden om te vernemen of er schade werd veroorzaakt. Het tweede lid van de vergelijking is de toestand nà de fout (zie boven, nr. 5.1 en 5.2; L. DE WILDE, *Begrip „Schade",* in H. VANDENBERGHE e.a., *Onrechtmatige daad; Actuele tendensen,* 197, nr. 22 e.v.).

Aan het vereiste van een belang in de processuele betekenis is voldaan, waar het gaat over een vordering tot herstel van een geleden schade.

Ogenschijnlijk zou omtrent het belang bezwaarlijk betwisting kunnen ontstaan. Toch zijn herhaaldelijk ten aanzien van het vereiste van voldoende belang betwistingen opgerezen naar aanleiding van een burgerlijke partijstelling. Het beginsel gehuldigd in artikel 63 Sv. is nochtans duidelijk: om ontvankelijk te zijn als burgerlijke partij is het vereist, maar voldoende, dat hij die optreedt kan beweren persoonlijk te zijn benadeeld door het misdrijf dat het voorwerp is van de strafvordering; dit wil zeggen dat hij bewijst dat hij het slachtoffer k a n g e w e e s t z i j n *(avoir pu être la victime)* van het misdrijf (Cass., 14 okt. 1951, *Pas.,* 1952, I, 77; Cass., 17 juni 1971, *Arr.Cass.,* 1971, 1028; *Pas.,* 1971, I, 976). Daardoor laat dit slachtoffer blijken van zijn belang m.n. vergoeding te ontvangen voor de geleden schade.

32.5 Na het onderzoek van de ontvankelijkheidsvereisten volgt dit van de g e g r o n d h e i d van de eis.

Door gegrondheid wordt begrepen de vatbaarheid voor toewijzing van een ontvankelijke eis, doordat de gestelde feiten ten aanzien van het recht vaststaan (SOLUS/PERRAT, *Droit Judiciaire Privé,* nr. 221).

Ter zake van de aanspraak uit onrechtmatige daad wordt in dit verband vooral de vraag gesteld naar de zekerheid van de schade zowel in haar bestaan als in haar omvang.

Een eerste hoofdstuk wordt nu gewijd aan het vereiste van ontvankelijkheid dat ter zake van aanspraak uit onrechtmatige daad, zeer belangrijke problemen liet oprijzen i.v.m. de rechtmatigheid van het gekrenkte belang (nr. 34 e.v.).

Het tweede hoofdstuk is gewijd aan de gegrondheid van de eis (nr. 62 e.v.).

HOOFDSTUK I

ONTVANKELIJKHEIDSVEREISTEN

33 Het materiële recht bevat vanzelfsprekend een niet op te sommen aantal regelen die als middel van niet-ontvankelijkheid aangewend kunnen worden (zie de beschrijving in VAN REEPINGHEN, *Verslag*, 40).

Bij de beoordeling van een aanspraak uit onrechtmatige daad is er een middel van niet-ontvankelijkheid, dat als het ware specifiek is voor deze stof, nl. de onrechtmatigheid van het gekrenkte belang.

Daarom zal dit vereiste van rechtmatigheid nader dienen onderzocht te worden.

AFDELING I

DE RECHTMATIGHEID VAN HET GEKRENKTE BELANG ALS ONTVANKELIJKHEIDSVEREISTE

§ 1. Het principe

34 In de arresten van 16 januari 1939, van 2 mei 1955 en van 4 september 1972 heeft het Hof van Cassatie beklemtoond dat, alhoewel de schade bepaald dient te worden als nadeel spruitend uit de krenking van een belang, niettemin het verlies van onrechtmatige voordelen uitgesloten wordt (zie boven, nr. 13 en 16). M.a.w., het gekrenkte belang moet rechtmatig zijn om voor herstel in aanmerking te komen (Cass., 30 nov. 1981, *Arr.Cass.*, op datum; *Pas.*, op datum; *R.G.A.R.*, 1982, 10.548).

Ten onrechte wordt wel eens gesproken van rechtmatigheid van de schade, *licéité du dommage* (RODIÈRE, nr. 1604, 223).

De schade blijkt maar uit de uitslag van een vergelijking; als louter feit is zij noch rechtmatig noch onrechtmatig, maar ze is bij onderstelling onrechtmatig veroorzaakt. Dezelfde opmerking geldt in het verzekeringsrecht ten aanzien van de uitdrukking *rechtmatig risico*, dat juister vervangen wordt door *rechtmatig verzekerd belang*.

Deze beperking tot de rechtmatige belangen is noch door het schadebegrip zelf geboden, noch door de tekst van artikel 1382 B.W., maar wordt vereist door de rechtsorde, waarvan dit voorschrift slechts een onderdeel uitmaakt. Het recht zou inderdaad met zichzelf in tegenstrijd komen, indien het zijn bescherming zou verlenen aan belangen die niet met het recht stroken.

De regel: *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, die voor het eerst in de *Decretales* van Paus Innocentius III geformuleerd werd, wordt nergens in onze wetgeving opgenomen. Hij was niet gekend in het Romeins recht — in tegenstelling tot de regel *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, die er een zeer beperkte en letterlijke toepassing vond. *Nemo auditur* was bedoeld als middel om een terugvorderingsactie te ontzenuwen, die gesteund was op het stilzwijgend ontbindend beding in een wederkerig contract ten bezwarende titel: *quia non deceptoribus sed deceptis jura subvenient*, zo luidt het slot van de regel in bedoelde *Decretales*.

Het is op grond van een algemeen rechtsprincipe, en niet op grond van het *nemo auditur*, dat de reden te vinden is voor de niet-ontvankelijkheid wegens onrechtmatigheid van het belang. Dit algemeen rechtsprincipe ligt o.m. ten grondslag aan artikel 1108, laatste lid, en artikel 1131 B.W.

De verbintenis moet een geoorloofde oorzaak hebben, terwijl, luidens artikel 1133 B.W., de oorzaak ongeoorloofd is wanneer zij door de wet verboden is, of nog, wanneer zij met de goede zeden of openbare orde strijdig is.

De toepasselijkheid van dit beginsel, dat men, hoewel ten onrechte, omschrijft met het gezegde *nemo auditur*, als middel van niet-ontvankelijkheid, blijkt, buiten het bijzondere vraagstuk van de vergelijkende waardering van de onrechtmatigheid van de verbintenis der partijen, werkelijk onbetwist te zijn (zie o.m. GARSONNET/CEZAR-BRU, I, nr. 358; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Action*, nr. 29 e.v.; DABIN, *Belg.Jud.*, 1935, 528; *Id.*, noot in *R.Crit.J.B.*, 1957, 14; GIVORD, *La réparation de préjudice moral*, Parijs, 1938, nr. 120; PERRET, blz. 24 e.v.; Ph. LE TOURNEAU, *La règle „nemo auditur"*, Parijs, 1970).

35 Wie de verwezenlijking van een onrechtmatig voordeel nastreeft of het herstel voor het verlies daarvan, kan niet toegelaten worden tot de rechtbank.

Ter vergelijking met het verzekeringsrecht: het verzekerde belang moet rechtmatig zijn (zie hierover: T.J. DORHOUT MEES, *Schadeverzekeringsrecht*, derde druk (1953), blz. 129 e.v.; P. LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, nr. 21, blz. 21; deze laatste auteur spreekt minder nauwkeurig over de rechtmatigheid van het risico).

Indien dit principe nagenoeg niet betwist wordt, blijft toch voor zijn concrete toepassingen de mogelijkheid van twistpunten bestaan.

De rechtmatigheid is immers een van de vage begrippen in het recht, die, mits het behoud van hun wezenlijke kern, met de gehele rechtsorde mee evolueren, evenals de begrippen die erdoor samengevat zijn: de geoorloofde oorzaak (art. 1108 en 1131 B.W), de openbare orde en de goede zeden (art. 6 en art. 1131 B.W.).

Rechtmatig (wettig, légitime, licite), betekent niets anders dan hetgeen in overeenstemming is met het recht (DE GROOT, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, I, 1).

In de praktijk wordt deze inhoud benaderd langs een marginale toetsing aan de kant van wat — tijdsgebonden — in de rechtspraak strijdig is of niet conform aan een minimumvereiste aan *redelijkheid*, aan *eerlijkheid* en aan *fatsoen*, nodig om het samenleven in stand te kunnen houden. Onrechtmatig is de toestand die verworven is of behouden wordt in strijd met het recht of met miskenning van andermans recht. Er zijn situaties, belangen, die duidelijk binnen de rechtmatigheid liggen en er zijn situaties die duidelijk onrechtmatig zijn. Tussen beide in, in de marge, zijn er twijfelachtige gevallen, dikwijls evolutieverschijnsels in de opvattingen waardoor verschuivingen ontstaan van de ene categorie naar de andere en die de rechtspraak aan de ene of aan de andere kant van de grens moet weten onder te brengen.

36 Vergeet hier vooral niet dat het onderzoek betreffende de rechtmatigheid van het gekrenkte belang gebeurt terwille van de vraag omtrent de o n t v a n k e l i j k h e i d van de aanspraak (zie boven, nr. 32). Dit onderzoek dient derhalve plaats te hebben v ó ó r het onderzoek naar de zekerheid van de schade, vermits deze laatste de gegrondheid betreft.

37 De niet-ontvankelijkheid van de herstelvordering voor verloren onrechtmatige voordelen, blijkt op het gebied van de onrechtmatige daad zo algemeen erkend, dat het aantal toepassingen ervan in de rechtspraak eerder schaars is.

Dit is grotendeels aan het morele peil van het volk gelegen (*vgl.* GIVORD, nr. 121, blz. 188). Aldus kan

opgemerkt worden hoezeer de Franse rechtspraak herhaaldelijk beroerd werd door het vraagstuk van de aanspraak van de bijzit. De hele Belgische rechtspraak daaromtrent is tot een paar gevallen beperkt.

In Nederland is de aanspraak van de bijzit uitgesloten ingevolge de limitatieve opsomming van de aanspraakgerechtigen in art. 1406 B.W. (A.R. BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 21, noot 3, blz. 30) (nochtans, over het nieuw artikel 6.1.9.12, zie boven, nr. 28).

Onrechtmatige voordelen kunnen niet onder de vorm van schadeloosstelling verwezenlijkt worden, en hun verlies evenmin hierdoor goedgemaakt worden (Olg. Hamburg, 23 dec. 1948, *Deutsche Rechtsprechnung,* I (123), II, b: *Verbotener Gewinn kann nicht als entgangener Gewinn beansprucht werden,* Gent, 11 febr. 1956, *R.G.A.R.*, 1956, 5769; *R.Crit.J.B.*, 1957, 5 met noot J. DABIN; *vgl.* Rb. Brussel, 10 febr. 1954, *J.T.*, 1954, 443; Corr. Luik, 23 april 1952, *R.G.A.R.*, 1953, 5198; Rb. Brussel, 17 okt. 1958, *J.T.*, 1958, 637).

Door de eis niet ontvankelijk te verklaren weigert de rechter een onrechtmatige toestand te bevestigen of te herstellen.

MORANGE merkt terecht op — althans voor de gevallen waarin de toestand door de wet niet uitdrukkelijk verboden was — dat de rechtspraak een hoger recht toepast dan datgene dat de onrechtmatige, doch niet rechtstreeks te beteugelen toestand, had laten bestaan: „Il (de rechter) condamne au nom d'un Droit supérieur, le droit positif antérieur qui, par sa carence, avait laissé se développer les activités nuisibles à la société" (G. MORANGE, *Rec.Dall.*, 1933, *Chr.*, blz. 27 e.v.).

Behalve de aanspraak van concubinerenden zijn er in de rechtspraak andere gevallen bekend, waar de vraag naar de onrechtmatigheid van het belang gesteld was.

38 Op grond van dit beginsel kan het verlies van ongeoorloofde winsten niet als schade worden vergoed.

Aldus werd bij de begroting van de schadeloosstelling voor inkomstenschade door invaliditeit, geweigerd rekening te houden met de inkomsten die het slachtoffer verwierf en verder zou verworven hebben, door de uitbating van kansspelen (Brussel, 22 jan. 1930, *R.G.A.R.*, 1930, 616, met noot O. MALTER).

Zo ook werd de eis van een smokkelaar wegens het verlies geleden door de verstoring van zijn smokkelhandel als onrechtmatig afgewezen, terwijl zijn eis wegens het verlies van zijn tot smokkelhandel dienend voertuig werd ingewilligd omdat hierbij de schade gelegen was in de aantasting van zijn eigendomsrecht op de wagen (Brussel, 15 april 1960, *R.G.A.R.*, 1961, 6687; L. SCHUERMANS, *Overzicht van rechtspraak (1961-1968), T.P.R.*, 1969, 75, nr. 2).

Een recent voorbeeld van verloren voordeel dat wegens zijn onrechtmatigheid niet in aanmerking genomen wordt voor de bepaling van schade, is de niet-toelaatbaarheid van de eis tot vergoeding wegens de onteigeningsschade ingesteld door de huurder van het onteigend gebouw dat hij tot uitbating van de ontucht aanwendde (Rb. Luik, 22 maart 1978, *J.Liège,* 1977-78 226).

Op dezelfde gronden werd de eis tot ophouden met daden van onrechtmatige mededinging tussen uitbaters van pronostiekwedstrijden niet ontvankelijk verklaard (Voorzitter Kh. Brussel, 3 nov. 1955, *J.Comm.Br.*, 1956, 209).

Ook de eis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige mededinging van een tandheelkundige kliniek die de tandheelkunde exploiteerde op grond van de door art. 8 *sexies* K.B. 9 nov. 1951 verboden publiciteit (Gent, 17 april 1961, *R.W.*, 1961-62, 710; *R.G.A.R.*, 1962, 6951; K.B. 9 nov. 1951, thans vervangen door Wet 15 april 1958).

Minder streng bleek een uitspraak, volgens welke geen rekening mocht gehouden worden met het feit dat

het slachtoffer, op het ogenblik van het ongeval een wagen bestuurde in dienst van de bezetter (Rb. Brussel, 28 jan. 1949, *R.G.A.R.*, 1949, 4392; *vgl.* betreffende de beoordeling van de rechtmatigheid van het belang van de wezen, wanneer de overledene zijn inkomen in dienst van de bezetter verwierf; P. POLLET, *La cause illicite en matière d'allocation d'orphelins, J.T.*, 1953, 443).

Of de aangevoerde verloren winst, al dan niet als winst uit spel of weddenschap moet beschouwd worden, zal desgevallend voor betwisting vatbaar zijn.

Dit werd nl. betwist ter zake van aanspraak uit onrechtmatige daad, na verlies of diefstal van een reisduif (zie verder, nr. 107 met verwijzingen), en betreffende de aard van de pronostiekwedstrijden en loterijen (zie, in verschillende zin: Brussel, 3 maart 1948, *R.W.*, 1948-49, 120; Gent, 14 aug. 1953, *R.W.*, 1953-54, 229; Brussel, 27 jan. 1965, *R.Crit.J.B.*, 1968, met noot J. DE GAVRE, *Contribution à l'étude des jeux et paris en droit-civil: les articles 1965 et 1967 du Code Civil sont-ils applicables aux loteries?*).

Een interessant toepassingsgebied biedt de sociale wetgeving, wegens de door haar ingevoerde beperkte onrechtmatigheden.

Inderdaad zijn de overtredingen van de voorschriften der sociale wetgeving slechts onrechtmatig ten aanzien van de werkgever, niet wat betreft de werknemer (zie hierover A. COLENS, *Remarques sur l'évolution du droit social, J.T.*, 1950, 633; *vgl.* betreffende de algemene strekking van de moderne rechtsontwikkeling in de zin van de relativering van de sancties van de inbreuken op de openbare orde: G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, tweede druk, Parijs (1948), nr. 144, blz. 263 e.v.).

In dit verband kan o.m. de Wet van 15 juli 1964 tot beperking van de arbeidsduur vermeld worden. Deze wet strekt tot bescherming van de werknemer, en verbiedt aan de werkgever te doen of te laten werken buiten deze perken. Alleen jegens de werkgever zijn straffen bepaald. De verbintenis betreffende overuren is echter slechts op betrekkelijke wijze onrechtmatig, nl. ten nadele van de werkgever (wat het principe van deze relatieve onrechtmatigheid betreft zie J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 94, blz. 91; en M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, 1973, nr. 342 e.v.). In dit voorschrift moet overigens geen bepaling van openbare orde erkend worden, maar van dwingend recht, en wel betrekkelijk dwingend recht, nl. t.o. van de werkgever).

Bij de vaststelling en de begroting van het inkomstenverlies van het slachtoffer kan derhalve geen middel van niet-ontvankelijkheid gevonden worden in de beweerde onrechtmatigheid van inkomsten uit overuren (zie de noot S. ROUFFY onder Cass., 5 okt. 1950, *R.G.A.R.*, 1952, 4924 met de verwijzingen).

Ook het verlies van uitsparingen, m.a.w. de vermeerdering van uitgaven, is schade. Het belang bij die uitsparingen kan evenwel onrechtmatig zijn.

Aldus werd beslist door het Hof van Beroep te Gent dat de koper van een onroerend goed, die onmiddellijk de registratierechten op de verkoopprijs heeft moeten betalen, hoewel de notaris aan de belastingsplichtige verzekerd had dat de betaling van de registratierechten gedurende een tijd zou opgeschort zijn doordat hij in de akte de koop deed voorkomen als geschied onder opschortende voorwaarde, maar zich hierbij vergiste, bij gebrek aan rechtmatig belang geen schadeloosstelling kan vorderen wegens een mogelijke fout van de notaris. Het belang van de koper tot behoud van de voordelige toestand, nl. opschorting van de betaling van de registratierechten, was onrechtmatig omdat het niet geoorloofd is door particuliere overeenkomsten de invordering van eisbare belastingsschulden te vertragen of op te schorten (Gent, 28 maart 1968, *R.G.A.R.*, 1969, 8327 met noot; *vgl.* ook Rb. Kortrijk, 19 okt. 1965, *R.G.A.R.*, 1966, 7674).

§ 2. Bijzonder toepassingsgeval: de aanspraak van de concubine

39 De aanspraak van de concubine, die bij onze zuiderburen grote verwarring in de rechtspraak deed ontstaan, dient eveneens in dit verband onderzocht te worden, vooraleer de zekerheid van de aangevoerde schade ter sprake komt. De rechtmatigheid betreft immers de ontvankelijkheid van de vordering, die vóór de gegrondheid dient onderzocht te worden (zie boven, nr. 32).

Heel breedvoerig moet op dit bijzonder toepassingsgeval niet ingegaan worden, aangezien het vraagstuk veeleer tot het familierecht behoort, waarvan de principes ter zake bepalend zijn.

Vooreerst moet evenwel duidelijk het onderscheid gemaakt worden tussen de gewoon onregelmatige verhouding van een man en een bijzit (de minnaar-maîtresse verhouding) en de verhouding die zich voordoet onder de vorm van een feitelijk gezin (het concubinaat).

Het onderzoek naar de rechtmatigheid van het belang van de op schadeloosstelling aanspraakmakende partner leidt volgens dit onderscheid naar gans andere oplossingen (H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, 1971, nr. 23 en nr. 26).

Wanneer de aanspraak uitgaat van een persoon die met het slachtoffer enkel op min of meer geregelde wijze geslachtsbetrekkingen onderhield, zonder dat hierbij sprake is van een stabiele levensgemeenschap, dan is er geen rechtmatig belang bij het stellen van een vordering: dergelijke verhouding gaat in tegen de openbare orde en de goede zeden (*vgl.* Cass., 26 juni 1967, *Pas.*, 1967, I, 1260; *Arr.Cass.*, 1967, 1299; *R.W.*, 1967-68, 786: waarin wordt afgeleid uit de omstandigheid dat een verhouding stabiel en duurzaam is, dat zij niet indruist tegen de openbare orde en de goede zeden. *A contrario*, dus, is een niet stabiele doch duurzame verhouding, volgens het Hof, wel in strijd met de goede zeden). Wanneer deze verhouding in hoofde van een der partners daarbij ook nog overspelig is, dan wordt zij vooralsnog door de wet zelf uitdrukkelijk als ongeoorloofd bestempeld (art. 387 Sw.).

Hierna is dan ook enkel nog sprake van de aanspraak die oorsprong vindt in een ware concubinaatsverhouding, d.i. de feitelijke buitenechtelijke samenleving van een man en een vrouw; zij impliceert een tafel- en bedgemeenschap, m.a.w. een samenleven met een zekere stabiliteit (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, nr. 21-4; M. POULNAIS, *Reflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage, Sem.Jur.*, 1973, doctrine, 2574, nr. 1).

Bij deze verhouding kan men inderdaad aarzelen om het belang van de op schadeloosstelling aanspraakmakende partij wegens het overlijden van de levensgezel veroorzaakt door de onrechtmatige daad van een derde, als onrechtmatig te aanzien. Hierbij moet ook gewezen worden op de mogelijkheden dat ook dit concubinaat overspelig kan zijn, wanneer een of beide concubinerenden door een huwelijk met een derde verbonden zijn.

H. VANDENBERGHE poogt aan te tonen dat het ware concubinaat — voor zover het met betrekking tot een der concubinerenden geen overspelig karakter heeft — slechts tegen de openbare orde indruist in zover het elke huwelijksregeling door particuliere overeenkomsten wil vervangen, terwijl telkens in feite dient vastgesteld te worden of het tegen de goede zeden indruist. Hierbij zal de maritale wil — de wil van een duurzame levensgemeenschap — het criterium zijn om een morele van een immorele buitenechtelijke verhouding te onderscheiden (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, nr. 33 e.v., blz. 47 e.v.; M. POULNAIS, *a.w.*, nr. 3).

L. DE WILDE, daarentegen, gaat ervan uit dat noch de stabiliteit, noch een louter religieus huwelijk, dat maar een bewijsmiddel van de stabiliteit is, vermogen de onrechtmatigheid van het concubinaat weg te nemen. Principieel blijft dit onrechtmatig als strijdig met de openbare orde, doch niet noodzakelijk tegen de goede zeden, maar niet alle belangen van concubinerenden zijn daarom objectief onrechtmatig, alleen maar wegens hun pseudo-echtelijke verhouding. Er dient een sortering te gebeuren van de rechtmatige en de onrechtmatige componenten van elke concrete concubinaatsverhouding, waarbij enkel de eerste in aanmerking genomen worden om de krenking ervan als schade aan te nemen (L. DE WILDE, *Concubinaat en rechtmatig belang, R.W.*, 1978-79, 1682; Pol. Namur, 11 mei 1973, *J.Liège*, 287).

Hierna wordt het woord concubine gebruikt en niet het woord bijzit, dat wijst op een gewoon onregelmatige verhouding *(maîtresse)*.

De problematiek is in België niet zo belangrijk als in Frankrijk, waar zij tot een weelderige, uiteenlopende rechtspraak aanleiding heeft gegeven. Het beperkte aantal toepassingen in de Belgische rechtspraak — buiten het gebied der schenkingen en testamenten — laat toe deze uiteenzetting tot het essentiële te beperken.

Twee toepassingsgevallen dienen onderscheiden te worden, vooreerst de aanspraak van de gewezen concubine tegen haar vroegere minnaar, en vervolgens de aanspraak van de concubine tegen de derde door wiens schuld de minnaar gedood werd.

A. DE AANSPRAAK TUSSEN CONCUBINE EN MINNAAR

40 Zoals reeds werd opgemerkt hoort deze vraag thuis in het familierecht. De verhouding tussen concubine en minnaar wordt immers beïnvloed door de instelling van het huwelijk dat een van zijn juridische beschermingen vindt in het principiële weren van elke juridische regeling van het concubinaat, dat als onrechtmatig wordt aangezien (DE PAGE, I, nr. 1122; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Concubinage*, nr. 1; PLANIOL/RIPERT, II, nr. 71; W. DELVA, *Personen en Familierecht*, I, blz. 91 e.v.; ASSER/SCHOLTEN, *Personen- en familierecht*, nr. 41; Cass., 21 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 921; *J.T.*, 1958, 564 met noot TAQUET; *R.G.A.R.*, 1959, 6245; Cass., 19 jan. 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 686; Rb. Brussel, 27 juni 1968, *Pas.*, 1969, III, 45; *J.T.*, 1968, 531).

41 Hierna wordt niet dieper ingegaan op de problematiek van de aanspraak tussen concubine en minnaar, doch enkel herinnerd aan de terzake geldende oplossingen (voor de gedetailleerde uiteenzetting van de problematiek wordt verwezen naar het uitmuntend proefschrift van H. VANDENBERGHE: *De juridische betekenis van het concubinaat*, 1970).

Evenmin moet hier verder ingegaan worden op de vraag te weten wanneer het concubinaat slechts indruist tegen de openbare orde dan wel ook tegen de goede zeden. Zoals hiervoor reeds gezegd kan bezwaarlijk volgehouden worden dat een ware — niet overspelige — concubinaatsverhouding, d.i. een duurzaam en stabiel delen van wel en wee, de goede zeden schendt. Waar bij dergelijke verhouding evenwel private regelingen de huwelijkswetgeving willen vervangen gaan zij tegen de openbare orde in (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, nr. 33 tot 36).

42.1 Wederzijdse overeenkomsten strekkende tot schadeloosstelling bij toekomstige verbreking van de concubinaatsverhouding zijn ongeldig. De oorzaak van deze overeenkomsten is ongeoorloofd omdat zij indruist tegen de openbare orde waar, door deze overeenkomsten, bedoeld wordt de bestendigheid, rechtsgevolg van het huwelijk, door een private regeling toepasselijk te maken op het concubinaat (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, nr. 104-1; Brussel, 26 nov. 1930, *Pas.*, 1931, II, 1).

42.2 Met betrekking tot de eenzijdige verbintenis tot schadeloosstelling bij toekomstige verbreking is de oplossing niet zo eenvoudig.

Vooreerst dient gewezen op de verwantschap van een dergelijke verbintenis met een schenking aan een concubine.

Schenkingen — of legaten — tussen concubinerenden zijn in beginsel geldig, maar de rechter zal, zonder zich te beperken tot de enkele concubinaatsverhouding, uit de feitelijke omstandigheden van de zaak kunnen afleiden dat concreet de schenking gedaan werd om een ongeoorloofde verhouding te doen ontstaan, in stand te houden of te belonen.

Wanneer dit vastgesteld wordt, vloeit hieruit voort dat de schenking zelf een ongeoorloofde oorzaak had, zodat ze geen juridische uitwerking kan hebben (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, nr. 98 tot 99-2, blz. 157 e.v.; DE PAGE, VIII, tweede druk, 1962, nr. 256: gewijzigde mening t.o.v. de vorige uitgave; R. DILLEMANS,

Overzicht van rechtspraak (1961-1964), *Schenkingen en Testamenten, T.P.R.*, 1965, 605 e.v.; R. PIRET, *Le ménage de fait en droit civil belge, Ann.Dr. et Sc.Pol.*, 1957, blz. 144; Cass., 23 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1996; Cass., 5 febr. 1970, *Pas.*, 1970, I, 484 met noot W.G.; *Arr.Cass.*, 1970, 519; Cass., 26 nov. 1970, *Pas.*, 1971, I, 273; *Arr.Cass.*, 1971, 290; Cass., 19 jan. 1968, *Pas.*, 1968, I, 640 met noot W.G.; *Arr.Cass.*, 1968, 686; Cass., 13 nov. 1953, *Pas.*, 1954, I, 190; *R.Crit.J.B.*, 1954 met noot DABIN; *J.T.*, 1954 met noot SPILMAN; Brussel, 10 jan. 1962, *J.T.*, 1963, 208 met noot J.G. RENAULD; Brussel, 18 sept. 1964, *R.P.Not.*, 1965, 379; Rb. Luik, 29 juni 1973, *J.Liège*, 1973-74, 10; *vgl. voor het overspelig concubinaat:* Rb. Charleroi, 8 april 1958, *Pas.*, 1961, II, 37; Rb. Brussel, 27 juni 1968, *J.T.*, 1968, 531; *Pas.*, 1969, III, 45; Kh. Brussel, 6 jan. 1954, *B.R.H.*, 1964, 73; Rb. Luik, 2 nov. 1973, *J.Liège*, 1973-74, 298; Rb. Luik, 29 juni 1973, *J.Liège*, 1973-74, 10).

Enkel in twee hypotheses geeft de rechtspraak uitwerking aan de eenzijdige verbintenis tot schadeloosstelling.

43 Ten eerste wordt door de rechtspraak de geoorloofdheid van de uitdrukkelijke eenzijdige verbintenis tot schadeloosstelling van de concubine aanvaard wanneer de schuldenaar hierdoor aan een gewetensplicht of bijstandsplicht heeft willen voldoen of nog wanneer hij aangerichte schade heeft willen herstellen (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, nr. 95-3 met vermelde rechtspraak; DE PAGE, derde druk, nr. 93, blz. 125 en 1122, blz. 1181).

Meestal gaat het hier om een verbintenis tot schadeloosstelling n a d e v e r b r e k i n g aangegaan.

Er kan hier moeilijk sprake zijn van ongeoorloofde oorzaak, vermits de verbintenis niet strekt tot de bestendiging van een onrechtmatige toestand. Hierin wordt overigens een natuurlijke verbintenis erkend, die door de vrijwillige erkenning een burgerlijke verbintenis wordt (DE PAGE, derde druk, nr. 93, blz. 124; PLANIOL/RIPERT, II, (1952), nr. 74, blz. 62; ASSER/WIARDA, *Personen- en familierecht*, negende druk, 1957, blz. 55; R.O. DALCQ, II, nr. 2933; MARTY/RAYNAUD, (1967), I, nr. 369, blz. 413; *anders:* H., L. en J. MAZEAUD, *Leçons*, (1967) I-2, nr. 708, blz. 45; ESMEIN, *L'union libre, Dall.Hebd.*, 1935, *Chr.*, blz. 51; Hoge Raad, 22 april 1937, *N.J.*, 1937, nr. 1108 met andersluidende conclusie van BERGER; *vgl.* G. OVERDIEP, *In hoeverre is de overeenkomst, waarbij een man zich tegenover zijn concubine verplicht tot een bijdrage in haar onderhoud, in Nederland rechtsgeldig?*, *Themis*, 1955, blz. 306 e.v.).

44 De tweede hypothese waarin de rechtspraak gevolg geeft aan een eenzijdige verbintenis tot schadeloosstelling is deze waarin de aanspraakmakende concubine zowel de fout van de schuldenaar als haar eigen schade kan bewijzen. Hierbij is onverschillig of het om een gewone concubinaatsverhouding gaat dan wel om een overspelige.

De ingeroepen fout is doorgaans de b e d r i e g l i j k e v e r l e i d i n g door huwelijksbeloften of misbruik van gezag of van sociale aard, waardoor dan de schade zelf, de krenking is van het rechtmatig belang dat de vrouw in de aanvang had van niet bedrieglijk verleid te worden. Deze onderstelling raakt hierdoor nauwer het onderwerp van deze verhandeling.

Indien de verhouding haar oorsprong gevonden heeft in de verleiding van een

onschuldige vrouw dan blijft deze oorspronkelijke schade als het ware latent tijdens de duur van de buitenechtelijke verhouding. Zij komt echter tot volledige verwezenlijking bij het beëindigen ervan. In dit geval kan schadeloosstelling gevorderd worden (GIVORD, nr. 143, blz. 208 e.v.; PLANIOL/RIPERT, I, tweede druk, 1952, nr. 73, blz. 62; PERRET, blz. 97; *vgl.* Rb. Seine, 8 mei 1950, *Rec.Dall.*, 1950, J., 554; Poitiers, 16 jan. 1951, *Rec.Dall.*, 1951, J., 124; Gent, 12 dec. 1961, *R.W.*, 1962-63, 1167; Cass.fr.civ., 7 okt. 1957, *Rec.Dall.*, 1958, 493 met noot R. SAVATIER).

LAURENT merkte in een zeer menselijk proza in dit verband op, hoe, in vele gevallen, een verleide vrouw, die onderhouden wordt door haar zogenaamde minnaar, eenvoudigweg niet kàn afbreken, ware het slechts wegens de onmogelijkheid om voor zichzelf, en gebeurlijk voor haar kinderen, een eerbaar bestaan te verzekeren (LAURENT, IV, nr. 90, blz. 132 e.v.).

45 Het feit zelve van een concubinaatsverhouding te verbreken kan natuurlijk geen aanleiding geven tot schadevergoeding (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, nr. 103; R. PIRET, *Le ménage de fait en droit civil belge, Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1957, blz. 135; RIPERT/BOULANGER, (1956), I, nr. 1128, blz. 453; MARTY/RAYNAUD, (1967), I, nr. 369, blz. 414; H., L. en J. MAZEAUD, *Leçons*, 1967, I-2, nr. 708, blz. 45).

Het behoort tot het wezen van het concubinaat dat het huwelijk, en dus ook zijn zekerheid, uitgesloten is door de partijen. De toestand is gewild precair, iets wat duurzaamheid en stabiliteit evenwel niet uitsluit. Men mag dan ook niet onrechtstreeks de zekerheid verschaffen die alleen door het huwelijk kan geboden worden. Men voelt bovendien onmiddellijk aan, dat het verschaffen aan de bijzit van dergelijke zekerheid, nl. dat zij schadeloos zal gesteld worden bij het beëindigen van de verhouding, van aard moet zijn om de vrouw gemakkelijker te doen toestemmen in een buitenechtelijke verhouding, en wellicht de man zal weerhouden, om een einde te stellen aan een onzedelijke toestand.

Het zou immoreel zijn de man op onrechtstreekse wijze, door een bedreiging van veroordeling tot schadeloosstelling, te dwingen tot het in stand houden van een onzedelijke verhouding (R. PIRET, *Le statut civil de la famille et du patrimoine familial*, Doornik (1942), blz. 80 e.v.; H. MAZEAUD, noot onder Parijs, 4 jan. 1952, S., 1952, 2, 85; R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, nr. 56 e.v.; J.C. RENAULD, noot onder Brussel, 10 jan. 1962, *J.T.*, 1963, 209).

Men heeft wel eens naar een onderscheid gegrepen in de aard van datgene dat in verband met de verbreking van de verloving gemaakt werd (Tw. *Verloving*, nr. 20). De schade veroorzaakt door omstandigheden onafhankelijk van de vroegere verhouding en van haar verbreking, o.m. de beledigende wijze waarop de verbreking geschiedde, zou wel in aanmerking kunnen genomen worden (Parijs, 4 jan. 1952, *Rec.Dall.*, 1952, J., 112 met noot G.H.; *Rec. Sirey*, 1952, 2, 56 met afkeurende noot MAZEAUD; in die zin ook RIPERT/BOULANGER, (1956), I, nr. 1128, blz. 453).

Het Franse Hof van Cassatie weigert onrechtmatigheid te erkennen in het afbreken van de verhouding, onder voorbehoud van een mogelijke aansprakelijkheid bij de aanvang van de verhouding, b.v. bedrieglijke verleiding (MAZEAUD/TUNC, I, zesde druk, nr. 278 en de aldaar in noot 3, blz. 378 e.v. geciteerde rechtspraak; zie ook MAZEAUD/TUNC, II, zesde druk, nr. 1494, blz. 482 betreffende meer bepaald de

mogelijke aansprakelijkheid in het aanvangen van de verhouding; R. SAVATIER, noot onder Cass., 7 okt. 1957, *Rec.Dall.*, 1959, J., 493; R.O. DALCQ, II, nr. 2935; MARTY/RAYNAUD, (1967), I, nr. 369, blz. 414).

46 Even vanzelfsprekend echter, zou de schade, die vreemd is aan de vroegere verhouding, wel voor vergoeding vatbaar kunnen zijn; maar dan staat men buiten het behandelde vraagstuk.

Dit is b.v. het geval waar de aangevoerde schade alleen te wijten is aan slagen en verwondingen bij het afscheid (*vgl.* ook Rb. Gent, 28 mei 1980, *Pand.Pér.*, 1890, nr. 1403: Venerische besmetting van de bijzit door haar minnaar; zie verder ook R.O. DALCQ, II, 2932; R. PIRET, *a.w.*, blz. 135).

47 Dit is ook het geval waar de aangevoerde schade niet die is, uit de verbreking van de buitenechtelijke verhouding ontstaan, maar wel uit het zekere of vermoedelijke verwekken van het kind. Dat deze schade, door deze geboorte ontstaan, voor vergoeding in aanmerking komt, werd door de Wet van 6 april 1908 in het huidige artikel 340e B.W. bevestigd. Deze aansprakelijkheid bestaat immers, luidens artikel 340b, tweede lid, 2° B.W., o.m. wanneer de partijen geregeld omgang gehad hebben, m.a.w. concubine en minnaar geweest zijn (zie Tw. *Afstamming).*

48 [...]

49 Heel verschillend van het concubinaat en van het toevallig buitenechtelijk verkeer, is het geval waar twee verloofden geslachtsbetrekkingen hadden, om zo te zeggen, met het oog op het aan elkaar beloofde huwelijk. Het wezenlijke verschil ligt hierin, dat concubine en minnaar het huwelijk uitsloten, terwijl de verloofden zinnens waren met elkaar in het huwelijk te treden (*vgl.* SAVATIER, I, nr. 122*bis*, blz. 161).

Na de verbreking van de verloving zal de rechtsverhouding dienen behandeld te worden als dusdanig, en niet als het stopzetten van een buitenechtelijke verhouding (zie Tw. *Verloving*, nr. 6.d.).

In de Belgische rechtspraak wordt ook bijna eenparig aangenomen dat ook na geslachtsverkeer tussen de partijen, met gebeurlijke zwangerschap of geboorte ten gevolge, de aanspraak van het meisje ontvankelijk is, als aanspraak na verbreking der verloving (Gent, 18 juli 1906, *Pas.*, 1908, II, 80; Gent, 4 nov. 1915, *Pas.*, 1915-16, II, 189: in dit geval hadden partijen zelfs enkele jaren samengeleefd; Gent, 3 mei 1917, *Pas.*, 1917, II, 234; Rb. Luik, 22 juli 1919, *Pas.*, 1920, III, 111; Luik, 22 juli 1925, *Pas.*, 1925, II, 217; Rb. Huy, 5 juni 1947, *Pas.*, 1948, III, 48; *anders:* Rb. Leuven, 29 dec. 1950, *R.W.*, 1950-51, 1140).

DALCQ doet opmerken dat in geval van zwangerschap de toekenning van schadevergoeding na verbreking van een verloving afwijkt van de constante rechtspraak die in andere gevallen weigert rechtsgevolgen te verlenen aan buitenechtelijke betrekkingen (R.O. DALCQ, I, 379). Hierbij moet dan toch opgemerkt worden dat eerst de vraag dient beantwoord te worden of partijen al dan niet verloofd waren en vervolgens moet er op gewezen worden dat de verbreking van de verloving in geval van zwangerschap niet uit zichzelf een aanspraak tot schadeherstel verleent. Het behoort de rechter telkens in feite te onderzoeken of partijen ernstige huwelijksvoornemens

hadden, of verweerder de zwangerschap veroorzaakte en of de verbreking volgens de omstandigheden van de zaak beledigend was en derhalve foutief (Cass., 17 maart 1967, *Pas.*, 1967, I, 867; *Arr.Cass.*, 1967, 887; *R.W.*, 1966-67, 1951; Gent, 12 dec. 1961, *R.W.*, 1962-63, 1167; Vred. Leuven, 8 okt. 1963, *R.W.*, 1963-64, 931).

B. DE AANSPRAAK VAN DE CONCUBINE TEGEN DERDEN

50 Voor de verhouding tussen concubine en minnaar wordt een gebied van rechteloosheid in stand gehouden, ten einde het monopolium van rechtsbescherming voor te behouden aan het wettige gezin. Rechtsbescherming wordt geweigerd aan degenen die de duurzame plichten en de lasten van het huwelijk geweigerd hebben.

Met hetzelfde onderscheid tussen het eenvoudig concubinaat en het overspelig concubinaat zal geoordeeld worden over de rechtsverhouding tussen de concubine en de derde door wiens onrechtmatige daad haar belang als concubine gekrenkt werd. Dit is nl. het geval waar de minnaar gedood werd door de onrechtmatige daad van een derde. *Mutatis mutandis* gelden deze beschouwingen in de omgekeerde onderstelling: overlijden van de concubine gevolgd door aanspraak van haar gezel.

51 De vraag werd herhaaldelijk in Frankrijk gesteld, waar zij tot zeer uiteenlopende rechtspraak aanleiding gaf, die uiteindelijk, sedert het cassatiearrest van 27 februari 1970 leidde tot de erkenning van de mogelijkheid van de aanspraak van de bijzit tegen de derde aansprakelijke. Door de bewijslast van de onrechtmatigheid van haar belang te leggen op de dader is het Franse Hof van Cassatie er zelfs toe gekomen de vordering van een overspelige concubine voor ontvankelijk te houden (Cass.fr.crim., 20 april 1972, *Gaz.Pol.*, 1972, 600; *Bull.crim.*, 1972, 333; zie boven, nr. 12 *in fine)*.

De ontwikkelingsgang van de Franse rechtspraak in dit verband kan hier achterwege blijven (zie hierover J. RONSE, *Aanspraak...*, nr. 40, blz. 55 e.v.; *adde* hierboven nr. 12; H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, nr. 108 e.v., blz. 185 e.v.; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, 1973, nr. 287 e.v., blz. 232 e.v.).

52 De meeste auteurs hebben het vraagstuk gesteld op het gebied der zekerheid, doch ten onrechte.

Een paar Belgische auteurs hebben zelfs een onderscheid gemaakt tussen aan de ene kant de zogenaamde *faux ménages*, die de stabiliteit en de waardigheid, en daardoor ook de waarborgen van het wettige gezin zouden verdienen, en aan de andere kant de zogenaamde *couples occasionnels*, die buiten de werkelijkheid zouden blijven terwille van hun vrijheid en hun fantasie. De eerste verhouding zou wel in aanmerking kunnen genomen worden (R. DIDISHEIM, *La réparation du préjudice causé à la concubine et à l'enfant naturel non reconnu de la victime d'un accident*, *R.G.A.R.*, 1931, 731; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 167, blz. 357 e.v.).

Dit onderscheid gaat vanzelfsprekend niet op, aangezien, vooraleer de stabiliteit van het *Ersatz*-gezin besproken wordt, de rechtmatigheid van de verhouding moet nagegaan worden. De onrechtmatigheid die wezenlijk tot het concubinaat behoort bestaat evenzeer ten aanzien van derden als tussen partijen.

Het onderzoek naar de rechtmatigheid van het gekrenkte belang betreft de ontvankelijkheid en moet derhalve gedaan worden vóór het onderzoek naar de zekerheid, vereiste voor de gegrondheid van de eis (zie boven, nr.32). Zelfs waar de volgorde ten onrechte omgekeerd wordt, zou de bevestiging van

een zeker nadeel niet volstaan, wanneer het niets anders is dan het verlies van een onrechtmatige voordeel.

Deze auteurs hebben echter, door een bestendige buitenechtelijke verhouding in aanmerking te nemen, onbewust de zwakheid aangetoond van het stelsel van diegenen die de eis van de concubine meenden te doen afwijzen, uitsluitend wegens gemis aan zekerheid van het door haar aangevoerde nadeel.

Er werd inderdaad voorgehouden dat de onzekerheid tot het wezen van het concubinaat behoort. Daarom zouden de partijen, die de zekerheid van het huwelijk bewust uitgesloten hebben, de zekerheid van het onderhoud dat hun ten precairen titel verschaft werd, niet kunnen nastreven tegen de derde door wiens onrechtmatige daad een einde aan de verhouding gesteld werd (JOSSERAND, II, nr. 439, blz. 215; SAVATIER, II, nr. 551, blz. 129 e.v.; zie ook het zeer typische geval in Cass.fr., 13 febr. 1937, *Rec.Dall.*, 1938, 1, 5: samenleving die 13 jaar had geduurd, beëindigd tengevolge van het overlijden van de minnaar).

Zeer terecht werd daarentegen beklemtoond, dat de bijzit vaak niet kan afgewezen worden op grond van het uitsluitende onderzoek naar de zekerheid, en verschillende auteurs die de oplossing van het Franse Hof van Cassatie beamen, keuren er de motivering van af.

Inderdaad er werd hierin beroep gedaan op een beweerde onzekerheid van het aangevoerde nadeel, wegens de onverplichte en wisselvallige aard van het verstrekte levensonderhoud; dit argument zou dan evengoed kunnen ingeroepen worden tegen de verloofde, de broeders en zusters, e.a.

Zoals bij het onderzoek betreffende de zekerheid van de schade zal kunnen vastgesteld worden, zou het weerhouden van een zo enge opvatting over de zekerheid van het nadeel, een ernstige beperking uitmaken van de toepassingsmogelijkheden van artikel 1382 B.W. in het algemeen. Voor de zekerheid van toekomstige schade, zal inderdaad niets anders vereist zijn dan de redelijke verwachting, volgens de gewone gang van zaken (zie verder, nr. 94 e.v.).

Ten aanzien van de feiten gaat deze motivering ook in meerdere gevallen mank, waar de verhouding zeer lang geduurd heeft en alle waarborgen van toekomstige stabiliteit bood, zodat er voldoende zekerheid voorhanden was (GIVORD, nr. 121, blz. 188; MARTY, noot, *Rec. Sirey*, 1931, 1, 145 e.v., vooral 149; DABIN, *Ann.Reg.Sw.*, dl. XI (1948), blz. 10; J. BERTEN, *R.G.A.R.*, 1946, 3930; MORANGE, noot onder Cons. d'Etat, 21 okt. 1955, *Rec.Dall.*, 1956, J, 143).

In menig geval zou de zekerheid van de genegenheidsschade, helemaal niet vatbaar zijn voor ernstige betwisting, zodat de eis tot genoegdoening voor deze schade zou dienen toegewezen te worden, dan wanneer hij evenzeer niet-ontvankelijk is.

In geen enkel opzicht te verdedigen, is de stelling die in de precariteit van de verhouding de aanleiding zoekt om het bedrag van de schadeloosstelling matig te begroten (*Rep.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1849). Het vraagstuk ligt veel dieper en betreft niet de omvang van de schade, maar wel de ontvankelijkheid van de eis.

53.1 Nu de eis niet kan afgewezen worden wegens gemis aan rechtskrenking, en in vele gevallen evenmin wegens gemis aan zekerheid van het aangevoerde nadeel, blijkt eens te meer dat de juist passende oplossing voor het vraagstuk ligt in het onderzoek van de rechtmatigheid van het belang, dat door krenking schade ondervond.

In België werd de rechtspraak merkelijk minder beroerd dan in Frankrijk door de vraag naar de rechtmatigheid van het belang van de concubine die aanspraak op schadevergoeding maakt tegen een derde-dader van de onrechtmatige daad die de dood van haar minnaar veroorzaakte.

Aanvankelijk werd geen onderscheid gemaakt tussen het overspelig en niet overspelig concubinaat: in beide gevallen werd geoordeeld dat het belang van de concubine onrechtmatig was.

Wellicht werd door het Belgische Hof van Cassatie in zijn principearrest van 16 januari 1939 (zie boven, nr. 13) heel bewust met de andersluidende Franse rechtspraak rekening gehouden, toen het terzelfdertijd het vereiste van rechtskrenking weerde, en de rechtmatigheid van het gekrenkte belang vereiste.

De oplossing van 1939 bleek voldoende om de vordering van de concubine niet ontvankelijk te verklaren vóór alle onderzoek naar de gegrondheid, en zonder enige inbreuk op de principes, noch misvorming van de begrippen.

Reeds in 1936 had het Hof te Gent duidelijk beslist ten aanzien van de genegenheidsschade, waarvan de zekerheid onbesproken vaststond, dat de eis van de concubine diende afgewezen te worden wegens gemis aan een rechtmatig genegenheidsbelang (Gent, 10 juni 1936, *R.G.A.R.*, 1946, 3930 met noot J. BERTEN).

Sedert het arrest van 16 januari 1939 heeft de rechtspraak zich uitdrukkelijk op deze leidinggevende uitspraak gesteund om de eis van de concubine niet ontvankelijk te verklaren (Brussel, 12 april 1944, *Pas.*, 1944, II, 38; *Bull.Ass.*, 1944, 295; *R.G.A.R.*, 1946; 3930 met noot J. BERTEN; *R.Crit.J.B.*, 1947, 113 met noot J. VAN RIJN; Corr. Tongeren, 20 dec. 1949, *Pas.*, 1951, III, 21 met noot J.S.; Corr. Luik, 1 april 1950, *Bull.Ass.*, 1950, 824; Luik, 24 okt. 1950, *Bull.Ass.*, 1951, 399; *J.T.*, 1951, 9 met noot H. MAYNE; *R.G.A.R.*, 1952, 5052; Brussel, 25 mei 1937, *R.G.A.R.*, 1959, 6246). Op 21 april 1958 bevestigde het Hof van Cassatie met klem, dat ter bescherming van het huwelijk aan de vrije liefde niet dezelfde gevolgen mogen erkend worden en dat de voordelen ervan, hoe dan ook, onrechtmatig blijven, zelfs indien in de sociale wetgeving het concubinaat soms in aanmerking wordt genomen. De voorziening tegen het arrest dat de concubine had afgewezen, werd verworpen (Cass., 21 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 921; *J.T.*, 1958, 564 met noot TAQUET; *R.G.A.R.*, 1959, 6245).

Reeds in 1939 heeft men zich kunnen afvragen of de traditionele ruime opvatting van het schadebegrip door het Hof van Cassatie gehuldigd in zijn arrest van 16 januari 1939, niet zou leiden tot het aanvaarden van de aanspraak van de concubine (J. FONTEYNE, noot onder Cass., 16 jan. 1939, *R.G.A.R.*, 1939, 3002).

Dit is inderdaad waar gebleken en zelfs de overspelige concubine behaalde een enkele keer succes, maar het arrest werd verbroken (Cass., 19 dec. 1978, *R.W.*, 1978-79, 1709; L. DE WILDE, *Concubinaat en rechtmatig belang*, *R.W.*, 1978-79, 1581).

In 1943 was er een eerste schuchtere poging om het belang van de concubine als rechtmatig te aanvaarden. Het behandelde geval was er, om zo te zeggen, zo sympathiek mogelijk, aangezien de concubine de zuster was van de overleden echtgenote van het slachtoffer en trouw gezorgd had voor de kinderen van haar zuster. Alhoewel de verhouding aanvankelijk overspelig was, dan was zij het, op het ogenblik waarop de eis gesteld werd, sedert jaren niet meer. Haar vordering werd ontvankelijk verklaard (Corr. Charleroi, 6 mei 1943, *Pas.*, 1943, III, 85). Dit vonnis werd evenwel hervormd (Brussel, 12 april 1944, voormeld).

Het bleef bij die poging en gedurende twintig jaar, terwijl in Frankrijk de rechtspraak en de rechtsleer door het vraagstuk hevig beroerd werden, vindt men in de repertoria van de Belgische rechtspraak geen andere dan twee arresten die de concubine afwijzen op grond van de onrechtmatigheid van haar belang (Luik, 24 okt. 1950, *R.G.A.R.*, 1952, 5052; Luik, 25 mei 1957, *R.G.A.R.*, 1957, 6246).

53.2 Thans wordt, sedert 1967, de aanspraak van de niet-overspelige concubine op het algemeen principiële vlak voor mogelijk geoordeeld (Cass., 26 juni 1967, *Pas.*, 1967, I, 1260; *Arr.Cass.*, 1967, blz. 1299; *R.G.A.R.*, 1969; 8158 met noot J.F.; *R.W.*, 1967-68, 786; H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, 176 tot 195; N. JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, 1975, nr. 58; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Le droit à réparation de la concubine en cas de décès accidentel de son compagnon. A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 déc. 1978*, *R.G.A.R.*, 1981, 10.412; VIEUJEAN, *Chronique de droit belge* in *R.Trim.Dr.Civ.*, 1972, 232, nr. 14). Nochtans, wanneer men de rechtspraak van de hoven en rechtbanken in de laatste tien jaar doorneemt, dan moet men vaststellen dat in het zeer kleine aantal gepubliceerde uitspraken, het concubi-

naat overwegend nog voor ongeoorloofd gehouden wordt en dat nog vaak de concubine met haar eis tot schadevergoeding wegens schade door terugkaatsing niet toegelaten wordt tot de rechtbanken.

Wel valt op, sedert het Cassatiearrest van 26 juni 1967, een zekere malaise t.a.v. het vraagstuk, die tot uitdrukking komt in de motieven. Vóór het arrest van 1967 en gesteund door de krachtige uitspraak van 22 april 1958 (zie boven) gaf de afwijzing van de concubine geen aanleiding tot motiveringsproblemen. Nu schijnen de rechters te aarzelen. Men is blijkbaar in een overgangstijd.

De rechtbanken weten niet goed of ze de vordering niet ontvankelijk of niet gegrond moeten verklaren (Brussel, 26 febr. 1975, *J.T.*, 1975, 379; Corr. Brussel, 6 okt. 1972, *Verz.*, 1973, 625 met noot); nu eens wordt de vordering afgewezen wegens het ontbreken van een ,,*intérêt juridiquement protegé*'', opnieuw beroep op de theorie van de rechtskrenking dus, (Brussel, 5 okt. 1968, *Verz.*, 1968, f 47) dan eens wegens het ontbreken van een ,,wettig'' of ,,rechtmatig'' belang (Brussel, 8 nov. 1969, *R.W.*, 1969-70, 626; Brussel, 30 maart 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9056), dan weer wegens onzekerheid nopens de vastheid van de verhouding (Brussel, 26 febr. 1975, *J.T.*, 1975, 379; Rb. Brussel, 27 juni 1972, *J.T.*, 1973, 183); ook de vrees het concubinaat gelijk te stellen met het huwelijk is te bespeuren in sommige motieven (Brussel, 24 okt. 1974, *R.G.A.R.*, 1976, 9561). Tenslotte als dan toch de vordering van de concubine toegelaten wordt, dan is het met nauwelijks verholen tegenzin en in beperkte mate (Brussel, 26 febr. 1975, vermeld; Brussel, 24 okt. 1974, vermeld) of wegens het bestaan van een religieus huwelijk (Rb. Hasselt, 26 juni 1967, *R.W.*, 1972-73, 520).

Eén beslissing affirmeert zonder restrictie de rechtmatigheid van het niet overspelig concubinaat (Brussel, 27 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1974, 9186 met noot).

Het overspelige concubinaat blijft nog duidelijk als onrechtmatig aangezien (Brussel, 30 maart 1973, *R.W.*, 1973-74, 663). De vordering van een overspelige concubine die tien jaar met haar wettig kind huisgezin vormde met het ongehuwde slachtoffer, werd ontvankelijk verklaard door het Hof van Beroep te Gent, doch dit arrest werd verbroken (Cass., 19 dec. 1978, *R.W.*, 1978-79, 1709; zie de kritische bespreking van dit arrest bij N. VERHEYDEN-JEANMART, *a.w.*, *R.G.A.R.*, 1981, 10.412; Gent, 6 okt. 1976, 3de kamer, nr. 987/75, inzake Cal... t/ Bu..., *onuitgegeven).*

De vraag mag gesteld worden of ook in België niet zal aanvaard worden dat de overspelige concubine een rechtmatig belang kan doen gelden nu overwogen wordt om, zoals in Frankrijk, het overspel te depenaliseren (zie een verklaring opgenomen in het verslag van Volksvertegenwoordiger SAINT-REMY over het wetsvoorstel tot wijziging van art. 387-388-389 Sw. en van art. 229 en 230 B.W.: *Gedr.St., Kamer* (1969-70), nr. 661-3, blz. 3; A. ROEVENS, *Wanbedrijven in de branding; moet abortus gelegaliseerd? Moet overspel worden gepenaliseerd?, Recht in Beweging*, 799; M. MAHIEU, *La concubine, le juge et les mœurs, R.G.A.R.*, 1976, 9551; N. JEANMART, *t.a.p.).*

54 [...]

55 Er zij nu reeds duidelijk aangestipt, dat de vordering van de overspelige concubine slechts dan niet ontvankelijk is, wanneer zij als dusdanig optreedt.

Wanneer zij echter in een andere hoedanigheid optreedt, moet haar eis beoordeeld worden ten aanzien van deze welbepaalde hoedanigheid: b.v. waar zij zou optreden als moeder voogdes over haar minderjarig natuurlijk kind. De redenen van niet-ontvankelijkheid die gelden tegen de eis door de overspelige concubine, ingesteld in haar hoedanigheid van concubine, kunnen niet ingeroepen worden tegen haar, ditmaal handelend in haar hoedanigheid van moeder voogdes (zie verder, nr. 967 en 980; Brussel, 3 nov. 1967, *Verz.*, 1969, 274; *vgl.* Rb. Seine, 10 jan. 1947, *Rec.Dall.*, 1947, 207: ontvankelijkheid van de concubine handelend als algemene legataris, tot betaling van het *pretium doloris ex haerede).*

Met het feit dat het slachtoffer een concubine had, zou wel eens rekening kunnen gehouden worden bij de begroting van de omvang van de schade van de kinderen en van de echtgenote, indien het blijkt dat het slachtoffer werkelijk een deel van zijn inkomen besteedde aan deze concubine (Corr. Seine, 14 dec. 1926, *Rec.Dall.*, 1972, 2, 55 met noot LALOU).

56 Bij de bespreking van de aanspraak tussen concubinerenden werd opgemerkt dat de concubine niet meer met de verloofde mocht verward worden, ook al had deze het huwelijk niet afgewacht (zie boven, nr. 49).

Hetzelfde onderscheid geldt ook ten aanzien van de aanspraak tegen derden (Brussel, 3 nov. 1967, *R.G.A.R.*, 1969, 8308; *Verz.*, 1969, 274 met noot R.B.; Over de gevolgen voor de verloofde, die na het dodelijk ongeval van haar aanstaande man in Frankrijk met hem een *postuum huwelijk* aanging, raadpleeg: Cass., 2 april 1981, *R.W.*, 1982-83, met noot J. ERAUW).

AFDELING II

GESTELDE SCHADE, ONTVANKELIJKHEIDSVEREISTE VAN DE HERSTELVORDERING

57 De eerste last die op de eiser in elk geding rust is de aanvoeringslast.

De Duitse auteurs spreken van *Behauptungslast, Anführungslast,* terwijl men in Nederland spreekt van stelplicht. Indien dit woord mooier klinkt dan aanvoeringslast blijkt het evenwel minder juist, omdat in dit verband bezwaarlijk van een plicht, evenmin als van een recht kan gesproken worden. Het gaat hier immers slechts om een last waaraan bij niet vervulling, het verlies van het proces verbonden is (L. ROSENBERG, *Die Beweislast,* derde druk, München, 1953, 6, blz. 43 e.v.; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht,* 1962, nr. 16 e.v.).

58 De eiser moet de feiten aanvoeren of stellen waarop zijn eis gegrond is.

De aanvoeringslast behoort vooreerst tot het procesrecht. Artikel 702 Ger.W. vereist dat de eiser in zijn dagvaarding de beknopte uiteenzetting van de eis zou verschaffen, hetgeen o.m. betekent dat hij de feiten die aan zijn eis ten grondslag liggen, moet stellen. Doet hij zulks niet dan kan de zogenaamde *exceptio obscuri libelli* opgeworpen worden en is de dagvaarding nietig. Betreffende de uiteenzetting van de feiten worden door de rechtspraak geen strenge eisen gesteld vooral sedert het

artikel 173 Rv. door het K.B. van 30 maart 1936 werd ingevoerd en nu, sedert de duidelijke bepalingen van art. 702, 3°, 860 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek. Het volstaat dat de aangesprokene duidelijk kan weten welke het voorwerp van de eis is, en op welke gronden dit gevorderd wordt (Cass., 13 maart 1958, *Pas.*, 1958, I, 767; Kh. Sint-Niklaas, 19 februari 1952, *R.W.*, 1951-52, 1399). Meer bepaald wanneer schadevergoeding wegens een onrechtmatige daad gevorderd wordt, dan volstaat dat de eiser de feitelijke gegevens die aan de vordering ten grondslag liggen, vermeldt (Cass., 24 nov. 1978, *Arr.Cass.*, 1979-80, 341; *Pas.*, 1979, I, 352; GARSONNET/CEZAR-BRU, II, nr. 190).

59 Belangrijker echter zijn de vereisten van de aanvoeringslast ten aanzien van de materiële toewijsbaarheid zelf van de vordering: de feiten die de aanwending van de ingeroepen norm mogelijk maken, moeten gesteld zijn. Indien derhalve geen schade aangevoerd is, kan geen schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W. toegewezen worden.

Voor de ontvankelijkheid van de eis uit onrechtmatige daad moet, benevens de onrechtmatige daad van de aansprokene, gesteld worden dat de eiser hieruit schade geleden heeft; voor de gegrondheid is vereist dat de schade zeker vaststaat.

Hetzelfde betreft de ontvankelijkheid van de rechtstreekse dagvaarding. Afgezien van de vereisten ten aanzien van de strafwet, moet, in verband met de schade, slechts het bestaan daarvan gesteld worden, veroorzaakt door de strafbare inbreuk. Het bewijs van het bestaan van de schade is een gegrondheidsvereiste (Corr. Antwerpen, 3 okt. 1956, *J.T.*, 1956, 730).

60 Een eis tot schadeloosstelling waarin geen schade aangevoerd wordt, is derhalve niet ontvankelijk. Zonder schade geen aanspraak uit onrechtmatige daad (zie boven, nr. 2).

Maar in de praktijk zal het zelden voorkomen dat helemaal geen schade gesteld wordt. Inderdaad, behoudens andersluidende, ondubbelzinnige motivering van de dagvaarding, houdt de vordering van schadeloosstelling impliciet de aanvoering van schade in.

61 Aan de andere kant moet het vonnis het bestaan van schade vaststellen om tot schadeloosstelling te kunnen veroordelen, zij het ten provisionele titel (Cass.fr., 10 maart 1932, *Dall.Hebd.*, 1932, 269; zie verder, nr. 85).

HOOFDSTUK II

GEGRONDHEIDSVEREISTEN

62 Als specifieke vereisten voor de ontvankelijkheid van de eis tot schadeloosstelling na onrechtmatige daad, langs de actieve zijde van de verbintenis beschouwd, werden in het vorige hoofdstuk besproken de aangevoerde schade en de rechtmatigheid van het gekrenkte belang.

Onder de gegrondheidsvereisten wordt thans ook slechts besproken wat specifiek is voor de actieve zijde van de verbintenis uit onrechtmatige daad: het bewijs dat de aangevoerde schade zeker vaststaat.

Daartoe zal vooraf de bewijslast van de partijen dienen bestudeerd te worden (Afd. I) om nadien te onderzoeken welke zekerheid de schade in haar bestaan en haar omvang moet vertonen, voor de toewijsbaarheid van de eis tot schadeloosstelling (Afd. II).

AFDELING I

BEWIJSLAST BETREFFENDE DE SCHADE

§ 1. Het vraagstuk

63 Vrij algemeen wordt in de rechtsleer en de rechtspraak op apodictische wijze vooropgesteld dat de bewijslast, én van het bestaan én van de omvang van de schade, bij toepassing van 1315 B.W., thans art. 870 Ger.W., op de aanspraakmakende partij zou rusten (zie o.m. JOSSERAND, II, nr. 467, blz. 226; SAVATIER, II, nr. 602, blz. 189; PIRSON/DE VILLE, I, nr. 186, blz. 416; P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile, R.Trim.Dr.Civ.*, 1934, blz. 321; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile,* 1972, nr. 213; M. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile,* zesde druk, 1962, nr. 177; ASSER/RUTTEN, IV-1, 1973, blz. 217; MAZEAUD/TUNC, *Traité,* II, zesde druk, 1970, nr. 168; H. DRION, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 164; Cass., 27 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, 1107; *Arr.Cass.*, 1968, 1170; Luik, 18 dec. 1962, *Pas.*, 1963, II, 61; Rb. Brussel, 9 okt. 1947, *R.W.*, 1947-48, 677; Rb. Brussel, 27 april 1948, *R.W.*, 1947-48, 1215; *R.G.A.R.*, 1948, 4243).

In vele gevallen echter bleef deze regel louter theoretisch. Waar hij aangehaald wordt zal hij, enkele schaarse uitzonderingen niet te na gesproken, steeds de mogelijkheid voor de rechter openlaten om de schade *ex aequo et bono* te begroten, en zodoende tevens haar bestaan vast te stellen.

Dit wijst er op dat in de werkelijkheid een ander richtsnoer gevolgd wordt.

Ten einde deze te vinden en te beoordelen, dient eerst het algemeen principe erkend te worden dat alle bewijslastverdeling beheerst, om dan de bijzondere gegevens van

de bewijslast eigen aan de aard van de betwisting vast te stellen. Aldus zal een algemene regel kunnen geformuleerd worden.

§ 2. De principes

A. LIJDELIJKHEID OF NEUTRALITEIT VAN DE RECHTER

64 Bij vele auteurs blijft de probleemstelling zelf in de kern verward, door een onjuist inzicht in de betekenis van de bewijslast, en zijn plaats in het recht.

Inderdaad, wanneer de beoordeling van een aanspraak oppervlakkig beschouwd wordt, komt het voor dat de rechter zich eerst en vooral de vraag stelt op wie van de partijen de last van het bewijs der feiten rust. Hij zou haar bewijslevering aanhoren, terwijl de andere partij louter passief afwacht, en slechts bij welslagen van de bewijsvoering van de eerste, tot het tegenbewijs moet overgaan.

Op de gegevens van deze strijd, die zich als het ware voor de afzijdige toeschouwende rechter afspeelt, zou het vonnis geveld worden, waarin vastgesteld wordt of de partij op wie de bewijslast rust, al dan niet in haar bewijslevering geslaagd is, zodat de door haar ingeroepen norm mag aangewend worden.

Dergelijke processuele opvatting heeft lang aan de klassieke stelling over de bewijslast en zijn verdeling ten gronde gelegen. Zij was bepaald door de heersende opvatting over de taak van de rechter, samengevat in het principe van de zogenaamde lijdelijkheid van de rechter. Aan de rechter was geen andere opdracht toebedeeld dan de taak van een overheidsarbiter over het gerechtelijk debat, aan wie het geenszins toegelaten was de actieve leiding te nemen betreffende bewijs en bewijsvoering (VAN BAUWEL, *Handboek van het Burgerlijk procesrecht*, I, nr. 54, blz. 95; DE PAGE, III, nr. 716, blz. 683. Deze auteur stelt de lijdelijkheid met onzijdigheid gelijk, ten onrechte, zie verder, nr. 65 e.v.).

Men formuleerde dit anders als het inertieprincipe dat de burgerlijke rechtsvordering moest beheersen, terwille van de maatschappelijke rust en zekerheid, door gevestigde toestanden te beschermen (BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves*, vierde druk, I, nr. 36, blz. 30 e.v.; zie ook FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, tweede druk (1926), blz. 53 e.v.).

In deze opvatting bleef de bewijsvoering een aangelegenheid waarover de partijen vrij beschikken. De waarheid, door de rechter te achterhalen moest niet anders zijn dan de louter formele waarheid, zoals ze uit de voor hem gevoerde debatten bleek. Om de werkelijke, materiële waarheid had hij zich niet zozeer te bekommeren (Men raadplege hierover op uitvoeriger wijze: M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, 1962, nr. 295 e.v.).

65 De kentering in de opvattingen omtrent de zogenaamde lijdelijkheid van de rechter moest echter de probleemstelling zelf van de bewijslast grondig veranderen.

Er wordt inderdaad scherper aangevoeld dat, in het belang van het algemeen welzijn, de rechtvaardigde erkenning en bescherming van werkelijk bestaande private rechten moet kunnen verschaft worden, veel meer dan het louter formele beslechten van de private geschillen, tot het vrijwaren van de maatschappelijke rust en rede (*vgl.* BOEHMER, I, § 4, C, 4, blz. 114 e.v.). De mystiek van de partijautonomie wordt meer en meer uit het procesrecht geweerd, en vervangen door een meer sociale opvatting over de rechtvaardigheid in het beslechten van private geschillen (G. STEVIGNY, *De bewijslast in het burgerlijk proces, mercuriale, R.W.*, 1957-58, 129, nr. 6, 65 e.v.; M. STORME, *a.w.*, nr. 302).

Daartoe werd het principe van de lijdelijkheid van de rechter verdrongen door het principe van de gelijkheid van de partijen voor de rechter, of de neutraliteit van de burgerlijke rechter (*vgl.* reeds: GARSONNET/CEZAR-BRU, II, nr. 236, blz. 377, noot 3; zie vooral: VON IHERING, *Esprit de Droit Romain*, IV, blz. 51, noot 52: P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la res-*

ponsabilité délictuelle, R.Trim.Dr.Civ., 1933, 643, nr. 8 e.v.; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil*, I, tweede druk, 1972, nr. 212; ASSER/ANEMA/VERDAIN, blz. 71; M. STORME, *a.w.*, nr. 343; G. STEVIGNY, *a.w.*, nr. 48 e.v.; *vgl.* J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, blz. 79; deze auteur spreekt in de tekst, vóór de verwijzing naar noot 2, nog van de lijdelijkheid van de rechter, maar in die noot wordt deze term zonder meer door neutraliteit vervangen).

Neutraliteit vereist geenszins dat de rechter volledig lijdelijk de debatten voor hem zou laten afspelen. Hij is in zover passief, dat hij slechts mag tussenkomen in de private geschillen, die door een daartoe bevoegde partij voor hem op een geldige wijze aanhangig gemaakt zijn, en dat hij slechts over het hem onderworpen geschil mag oordelen zonder er het voorwerp of de oorzaak van te mogen wijzigen, of niet gestelde noch besproken feiten te mogen weerhouden.

In deze vaststelling, gepaard met een meer sociaal inzicht van de opdracht van de rechter, ligt de kern van het vraagstuk en zijn oplossing besloten (*vgl.* PITLO, *Bewijs en verjaring*, tweede druk (1950), blz. 7; R. SOETAERT, *Waarheid in het gewijsde*, in *Recht in beweging*, II, 881; E. KRINGS, *Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding*, mercuriale, *R.W.*, 8 okt. 1983, 337).

66 Vooreerst is het onrechtvaardig van een partij omdat zij terzake eiser is, te vragen dat zij alles, ook vanzelfsprekende feiten zou bewijzen, ook al worden deze feiten betwist. Dergelijke strenge verdeling van de bewijslast zou een ongelijkheid tussen de gedingvoerende partijen betekenen.

Uit het streven naar een rechtvaardiger verdeling van de bewijslast wordt ook reeds in het klassieke stelsel van de lijdelijkheid van de rechter, op grond van het vereiste van de goede trouw in het uitvoeren van overeenkomsten, aanvaard dat ook de verweerder in het proces moet medewerken aan de bewijslevering. Men spreekt van samenwerking van de partijen in het verschaffen van het bewijs (R. DEKKERS, *De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve, R.Crit.J.B.*, 1959, 148 e.v.; DE PAGE, III, nr. 729, blz. 707; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, 1955, II, 627; Luik, 18 nov. 1948, *Pas.*, 1949, II, 17; noot W.G. in *Arr.Cass.*, 1971, 263, meer bepaald op blz. 264).

Ten aanzien van de mogelijke uitbreiding van het principe, dat medewerking kan gevraagd worden van een partij in een bewijsvoering, ook wanneer dit een bewijs tegen zichzelf kan opleveren, leze men het zeer belangrijke arrest van de Hoge Raad, 12 juni 1953, *N.J.*, 1954, nr. 61, met de conclusie van HEGGENS en de noot D.J.V., alsmede het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 31 januari 1956, *R.Crit.J.B.*, 1959, 141: deze arresten, gewezen in verband met het bloedonderzoek in een vaderschapsactie, formuleren het principe zeer algemeen. Dit doet zich ook voor, indien de omstandigheden zodanig liggen dat de verweerder de feitelijke gegevens ten aanzien van bepaalde punten gemakkelijker kan verschaffen dan eiser (H. DRION, *Onrechtmatige daad*, I, nr. 115).

Van het oude principe van de lijdelijkheid van de rechter wordt slechts nog zoveel overgehouden als voor de gelijkheid van de partijen voor de rechter vereist is. De neutraliteit van de rechter, zo schrijft STORME, ,,bestaat er dus in dat hij zich moet houden aan het feitenmateriaal dat hem door de partijen ter hand werd gesteld, d.w.z. aan de feiten, waaruit de door de partijen ingeroepen rechtsgevolgen voortvloeien

(...) Het betekent tevens dat de rechter beide partijen op gelijke voet moet behandelen'' (*a.w.*, nr. 344).

Aldus zou de inmenging van de rechter in de bewijsvoering door niet gestelde noch besproken feiten of omstandigheden te weerhouden, aan de debatten een heel ander uitzicht kunnen geven, waardoor de toestand van de ene partij ten opzichte van de andere ernstig zou kunnen benadeligd worden (BARTIN in AUBRY/RAU, XII, § 749, blz. 75, noot 8, nr. 8*ter; vgl.* Cass., 2 juli 1953, *Pas.*, 1953, I, 876; *R.W.*, 1953-54, 1239; *J.T.*, 1953, 648).

Indien de rechter geen feiten mag weerhouden die niet aangevoerd werden, betreft zulks uitsluitend de concrete feiten, in verband met het behandelde geschil (*vgl.* Cass., 12 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 724; *R.W.*, 1965-66, 732). Hij mag integendeel steeds gebruik maken van zijn kennis van algemeen bekende feiten, en van zijn normale levenservaring (over de bepaling van deze begrippen, zie M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht,* nr. 305, 313 en 325; Fr. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de Cassation,* nr. 75 e.v.).

De rechter mag niet steunen op zijn persoonlijke kennis om een nieuw beoordelingselement in het debat in te brengen (Cass., 23 dec. 1960, *Pas.*, 1961, I, 456; Cass., 6 jan. 1982, *R.W.*, 1982-83, 1266), doch hij heeft wel het recht zijn ervaring aan te wenden om de hem verstrekte gegevens te beoordelen (J. CHEVALIER, *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, R.Trim.Dr.Civ.*, 1962, blz. 5 e.v.).

In strafzaken, bijvoorbeeld, oordeelde het Hof van Cassatie dat het raadplegen en aanhalen door de feitenrechter van een gepubliceerd wetenschappelijk werk, dat niet tot het dossier behoorde, en evenmin besproken was tijdens de debatten, helemaal geen schending van de rechten van de verdediging uitmaakte (Cass., 16 mei 1955, *Pas.*, 1955, 1, 1011).

Ook wordt door het Hof van Cassatie aangenomen dat de rechter door een beoordeling van de in de debatten ter sprake gebrachte gegevens heeft kunnen beslissen dat uit de bekende ervaringsfeiten volgt dat de lengte van de vastgestelde remsporen wijst op een snelheid van meer dan 60 km per uur (Cass., 20 juli 1966, *Pas.*, 1966, I, 1408; *R.W.*, 1966-67, 1720).

Dezelfde principes zijn vanzelfsprekend toepasselijk wat betreft de begroting van de schadeloosstelling, of erkenning van de bestanddelen van de schade.

De rechter mag b.v. op grond van zijn eigen menselijke ervaring vaststellen, dat het gebruikelijk is, dat de echtgenote van een geneesheer deze laatste behulpzaam is in de uitoefening van zijn beroep, ook al is zij geen gediplomeerde verpleegster. Dienvolgens zal, bij de begroting van de schadeloosstelling wegens invaliditeit van de echtgenote van een geneesheer rekening gehouden worden met het nadeel dat ontstaat uit het verbeuren van deze hulp (Gent, 4de kamer, 24 mei 1955, inzake Ollivier, Meire en Smeets t./ Dotrenge, *onuitg.*).

67.1 Aan de andere kant wordt al te gemakkelijk gezegd dat bewijzen een verrichting is van een der partijen (*vgl.* AUBRY/RAU, XII, § 749, blz. 62). Integendeel is bewijzen een verrichting van het verstand waardoor de juistheid van iets wat betwist werd aangetoond wordt (zie o.m. A. LALANDE, *Vocabulaire,* zesde druk (1951), Tw. *Preuve;* VAN DALE, Tw. *Bewijs).*

Het bewijs mag dan ook als handeling van een gedingvoerende partij of van

de rechter beschouwd worden, waardoor deze laatste overtuigd wordt van de juistheid van het betwiste feit.

Met P. SCHOLTEN, definieert STORME het bewijzen als volgt: „Bewijzen is het wekken van een op ervaring en redelijk betoog steunende overtuiging. In het proces geschiedt dit door de partijen; werkt de rechter er aan mee, dan doet hij zich bewijzen, maar hij bewijst niet (*a.w.*, nr. 4, blz. 29).

De rechter moet dus niet louter passief toezien op de bewijsvoering, maar integendeel rekening houdend met de door de partijen aangevoerde feiten, moet hij streven naar de ontdekking van de waarheid. Hij zal niet alleen het verloop van de bewijsvoering bijwonen of voorzitten, maar er desnoods actief in tussenkomen door een nadere bewijslevering van de aangevoerde feiten toe te laten of op te leggen of door te bevelen dat de partijen in persoon voor hem zullen verschijnen (art. 992 Ger.W.).

Reeds vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek heeft het Hof van Cassatie aanvaard dat „de rol van de rechter bij de bewijsvoering niet noodzakelijk passief is" (Cass., 15 juni 1967, *Arr.Cass.*, 1967, 1264; *Pas.*, 1967, I, 1228; *R.W.*, 1967-68, 543). Aan de rechter wordt de bevoegdheid erkend te bevelen dat de partijen bewijsgronden zouden voorleggen. Het gerecht waarbij het geschil aanhangig is heeft de macht om, zelfs van ambtswege, de in proces liggende partijen het overleggen te gelasten van documenten die zij bezitten en die nodig geacht worden voor de oplossing van het geschil (Cass., 20 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1157; *J.T.*, 1961, 609 met noot; Brussel, 6 febr. 1961, *Pas.*, 1962, II, 150; Brussel, 4 mei 1961, *Pas.*, 1963, II, 150; W.R. Ber., Mons, 16 dec. 1961, *Pas.*, 1962, II, 48).

De actieve rol van de rechter in het burgerlijk proces, inzonderheid bij de bewijslevering werd, ook reeds vóór het Gerechtelijk Wetboek, door de Belgische rechtsleer erkend (noot W.G. onder Cass., 20 nov. 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 263; *Pas.*, 1971, I, 248; DE PAGE, III (1967), nr. 716, 2°, blz. 712; M. STORME, *a.w.*, nr. 338 e.v. en 472; W. VAN GERVEN, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht* — algemeen deel, nr. 117 e.v.; G. STEVIGNY, *De bewijslast in het burgerlijk proces, R.W.*, 1957-58, nr. 67; R. DEKKERS, *Handboek*, 1971, nr. 627).

Het principe van de lijdelijkheid van de rechter had zodoende aan de vooravond van het inwerkingtreden van het Gerechtelijk Wetboek, niet alleen in de theorie, maar ook reeds in de praktijk, met de jaren, meer dan één zware deuk gekregen.

67.2 In het Gerechtelijk Wetboek wordt deze moderne opvatting gevolgd. Er wordt uitdrukkelijk in bevestigd wat rechtspraktijk en rechtsleer reeds toepasten. De rechter kan aan iedere gedingvoerende partij bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen (art. 871 Ger.W.) en zelfs een derde, die een bewijsstuk onder zich houdt, kan hiertoe van de rechter bevel krijgen (art. 877 e.v. Ger.W.; VAN REEPINGHEN, *Verslag*, 271 tot 275 en 354 tot 357; DE BAECK, *Verslag voor de Senaatscommissie, Pasin.*, 1967-2, 864; FETTWEIS, *Droit judiciaire privé*, (1969), blz. 166).

68 De rechter is, tenslotte, in het zoeken naar de waarheid, geenszins gebonden door de methode van de wetenschappelijke twijfel. Hiermee wordt bedoeld dat het geleverde bewijs slechts een gerechtelijke zekerheid beoogt, d.i., een hoge

graad van waarschijnlijkheid, in overeenstemming met de gewone gang van zaken, zodat de rechter niet ernstig meer aan het tegendeel moet denken, ook al is dit theoretisch nog mogelijk (W. VAN GERVEN, *Beginselen, algemeen deel,* nr. 117; Cass., 8 okt. 1962, *Pas.,* 1963, I, 163).

De gerechtelijke bewijslevering verschilt grondig van het wetenschappelijk zoeken naar waarheid. Het gerechtelijk bewijs is niet vrij, daar het materiële recht niet toelaat in de gerechtelijke strijd over belangen alles te bewijzen, en dit ook niet altijd op gelijk welke wijze toelaat. In de wetenschappelijke strijd over opvattingen en ideeën daarentegen, mag de werkelijkheid steeds met alle middelen opgespoord worden. Bovendien mag de wetenschap een voorlopige stelling innemen tot nader bewijs, terwijl de rechter in elk geval moet uitspreken op straf van rechtsweigering, en aan zijn vonnis het gezag van het gerechtelijk gewijsde gehecht wordt (J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif,* blz. 79; R. HOUIN, *Le progres de la science et le droit de la preuve, R.Dr.Int.Comp.,* 1953, blz. 70; zie ook: BAUDRY/LACANTINERIE/BARDE, *Obligations,* tweede druk (1905), III, nr. 2054, blz. 397 e.v.).

In verband met deze vaststelling zal bepaald worden welke maat van zekerheid aan de rechter verschaft moet worden, opdat een feit als gerechtelijk bewezen zou beschouwd worden (zie verder, nr. 91 e.v.).

B. AARD EN DRAAGWIJDTE VAN DE BEWIJSLAST

69 In de zoëven aangeduide verplichting om een uitspraak te vellen, die aan het geschil een einde stelt, welke ook de waarde weze van het hem geleverde, of door hem zelf in het tegensprekelijk debat gevonden bewijsmateriaal, ligt de oplossing betreffende de verdeling van de bewijslast; hieruit volgt ook de draagwijdte ervan.

Voor de duidelijkheid van wat volgt past het, vooraf, de gebruikte terminologie te omschrijven: bewijslast, bewijsrisico, bewijsvoering.

De b e w i j s l a s t is de last voor een gedingvoerende partij om het bewijs van een betwist feit te leveren.

Het b e w i j s r i s i c o bepaalt wie het risico draagt van het verlies van het proces, wanneer de te bewijzen feiten niet bewezen worden.

De b e w i j s v o e r i n g is het aanbrengen van bewijsmateriaal door de partijen, onverschillig of zij hierbij een bewijsrisico dragen: men denke aan de reeds vermelde medewerkingsplicht van de partijen in de bewijslevering. (M. STORME, *a.w.,* nr. 30 e.v.).

De vraag op wie de b e w i j s l a s t rust, d.i. wie het bewijsrisico draagt, wordt n i e t b i j d e a a n v a n g v a n h e t p r o c e s gesteld. Een louter procesrechtelijke verdeling van de bewijslast, op grond van de beweerde lijdelijkheid van de rechter, mocht verworpen worden (zie boven, nr. 65).

De vraag komt slechts te pas, en moet slechts beantwoord worden op het e i n d e v a n d e b e w i j s v o e r i n g , nadat de bewijzen gewaardeerd werden, en de bewijsvoering de rechter tot geen zekerheid kon leiden, en de gestelde feiten noch bevestigd, noch ontkend kunnen worden.

In dat geval, maar dan alleen, zal de rechter de noodzakelijke uitspraak vellen, door die partij ongelijk te geven, op wie de last rust van het bewijs der niet bewezen feiten.

De bewijslast wordt dus bepaald door het bewijsrisico (M. STORME, *a.w.,* nr. 35).

Ter zake zal bij het niet bewezen zijn van de schade, het antwoord op de vraag wie van de partijen,

aangesprokene of aanspraakmakende partij, de bewijslast en bijgevolg het bewijsrisico draagt, ook aan de rechter het antwoord verschaffen of de eis mag toegewezen worden of niet.

De aanduiding van de partij op wie de bewijslast rust — en derhalve ook de aanwending van art. 870 Ger.W. op de geschillen waarop het van toepassing kan zijn — is aldus geen aangelegenheid van procesrechtelijke bewijsvoering van de partijen, maar van motivering van het vonnis t.o. van de betwisting omtrent de aangevoerde feiten.

Een onvoldoend motief voor de toewijzing is, dat de verweerder niet bewijst dat de eiser ongelijk heeft. Voor het afwijzen van de eis volstaat integendeel wel de vaststelling dat de eiser, — indien de bewijslast op hem rust — de feiten niet bewezen heeft, die voor het aanwenden van de regel van het recht moeten vaststaan. Meer houdt de bewijslastnorm niet in.

Zodra de rechter in feite vaststelt dat hij overtuigd is van de aangevoerde feiten — mits hij op de aangevoerde betwistingen voldoende antwoordt — komt, evenmin als ter zake van verbintenissen uit overeenkomst, de richtlijn van art. 870 Ger.W. niet meer te pas.

De vraag op wie de bewijslast rust, behoort niet tot het procesrecht, en heeft als dusdanig geen verband met de taak van de partijen in de bewijsvoering. Ze behoort tot het materiële recht (W. VAN GERVEN, *Beginselen*, I, nr. 117; M. STORME, *a.w.*, nr. 47; over de betwisting: zie *ibidem*, nr. 39 e.v.; PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 1406, blz. 741 e.v.; RIPERT/BOULANGER, II, vierde druk, nr. 2157, blz. 698; J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, 101; *anders*, doch genuanceerd, ASSER/ANEMA/VERDAM, *Van Bewijs*, 1953, blz. 15 e.v.).

De vraag of de regeling van de bewijslastverdeling al tot het procesrecht dan wel tot het materieel recht behoort is belangrijker dan op het eerste gezicht kan lijken. Aan haar oplossing zijn belangrijke praktische gevolgen verbonden, zoals, om maar een voorbeeld te noemen naast andere (zie STORME, *a.w.*, nr. 49 e.v.), bij het aanwenden van vreemd recht ter beslechting van een geschil van internationaal privaatrecht. Indien de vreemde wet toegepast wordt om de materieelrechtelijke vraag te beoordelen, terwijl het nationale procesrecht van de rechtbank toegepast wordt tot het beslechten van het geschil, dan zal de wet die de rechtsbetrekking beheerst ook op de bewijslast toepasselijk zijn.

70 De vaststelling dat de regeling van de bewijslast tot het materiële recht behoort is onvoldoende. De vraag is door welk voorschrift de bewijslast beheerst wordt.

Zoals reeds gemeld, werd vrij algemeen beroep gedaan op art. 1315 B.W. (zie boven, nr. 63).

Maar anderzijds zou uit de plaats door deze bepaling in het B.W. ingenomen, kunnen afgeleid worden dat dit voorschrift als dusdanig zonder toepassing is op de hier behandelde stof. Het is immers niet denkbaar dat het bestaan of het bedrag der schade door akten zou dienen bewezen te worden, noch dat het bewijs bij middel van getuigen of vermoedens zou kunnen uitgesloten worden. Toch is artikel 1315 B.W. de aanhef van die bepalingen.

Daartegen wordt aangevoerd dat, afgezien van de zwakheid van het argument *a rubrica*, de bewijslast beheerst wordt door het algemener beginsel, waarvan artikel 1315 B.W., dat niets anders zou zijn dan een verdwaald voorschrift, de toepassing is op de verbintenissen uit overeenkomst ontstaan, nl. het principe volgens hetwelk al wie een gevestigde toestand wil doen wijzigen, de bewijslast draagt van de grondslag van zijn eis (zie o.m. LAURENT, VI, nr. 169, blz. 230 en XIX, nr. 81, blz. 78; BAUDRY/LACANTINERIE/BARDE, *Obligations*, derde druk (1908), III, nr. 2053, blz. 414 e.v.; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil*, tweede druk, 1972, nr. 213; PLANIOL/RIPERT/GOBOLDE, VII, nr. 1420).

Artikel 1315 B.W. heeft echter geen oplossing geboden, evenmin als de gelijkaardige of verwante voorschriften in vreemde wetboeken.

Vooreerst is de regeling van de bewijslast voor de verbintenissen uit overeenkomst niet op samenhangende wijze in het Burgerlijk Wetboek geregeld. De bewijslast wordt vervolgens speciaal geregeld in bepaalde aangelegenheden.

Denk o.m. aan artikel 1116, tweede lid B.W.: „Bedrog wordt niet vermoed, het moet bewezen worden"; — artikel 1147 B.W.: schadeloosstelling uit overeenkomst wegens niet vervullen of wegens vertraging: telkens de schuldenaar de vreemde oorzaak niet bewijst; — en verder aan de talrijke wettelijke vermoedens die niets anders zijn dan een omkering van de bewijslast, aldus b.v. de artikels 1122, 1123, 1132, 1162 B.W. en zovele andere.

Het voorschrift uit artikel 1315 B.W. volstond dus niet en het gaf slechts een zeer vage formulering aan het algemeen beginsel waarvan de bijzondere bewijslast-regelingen, hetzij de toepassing, hetzij de afwijking vormen.

Zonder artikel 1315 B.W. op te heffen, dat overigens formeel beperkt is spijts de toepassingen die er in alle aangelegenheden van gemaakt werd op de bewijsvoering van de verbintenissen, geeft thans art. 870 Ger.W. aan de reglementering van de bewijslast een algemene draagwijdte. Deze regel bepaalt dat iedere partij haar beweringen moet bewijzen (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 357).

Algemeen wordt evenwel ingezien dat deze schijnbaar eenvoudige regel, volgens welke wie beweert moet bewijzen, geen enkele oplossing biedt nu de vraag blijft, wat moet beweerd worden en wie het moet beweren.

Ter zake blijft de vraag bestaan of de benadeelde de schade moet bewijzen, dan wel of de afwezigheid van schade door de aangesprokene moet gesteld en bewezen worden. Verder nog, moet de benadeelde benevens het bestaan ook de omvang bewijzen? Moet hij het voortbestaan van de schade tot aan de uitspraak bewijzen, of moet de aangesprokene integendeel aanvoeren en bewijzen dat het nadeel niet meer bestaat?

Omdat de rechter moet uitspreken en dus een antwoord op deze vragen moet geven is het van belang een algemeen geldende en bevredigende regeling te vinden.

De verschillende bewijslasttheorieën kunnen hier niet breedvoerig beschreven noch besproken worden. Dergelijke uitwijding buiten het bestek van dit trefwoord is niet vereist. Vrijwel algemeen wordt aanvaard dat de theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast *(affirmanti incumbit probatio)* veranderd is en dat tussen de subjectief-rechtelijke (de bewijslast berust op hem die beweert een subjectiefrecht te bezitten en er de erkenning van vordert) en de objectiefrechtelijke theorie (de omvang van de bewijslast wordt bepaald door het objectieve recht) niet méér dan een theoretisch onderscheid bestaat en dat geen van beide een afdoend antwoord op de vraag kunnen verschaffen, terwijl de procesrechtelijke theorie of de billijkheidstheorie (de bewijslast wordt door de rechter bepaald in acht nemend de gelijkheid der partijen) enkel de erkenning van ervaringsregelen en het subjectief inzicht van de rechter als leidraad neemt en in de publiekrechtelijke theorie (grotere bevoegdheid van de rechter om zelfstandig de feiten te onderzoeken) van een verdeling van de bewijslast nog nauwelijks sprake is (over dit alles zie STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 107 e.v., die zelf de objectiefrechtelijke theorie verkiest, *t.a.p.*, nr. 182).

71 Met BARTIN mag erkend worden dat de bewijslast afhangt van de aard van de betwisting, en geenszins van de hoedanigheid van eiser of verweerder in het geding.

Terecht schrijft hij: „... il est en tout cas certain que la repartition de la charge de la preuve entre le demandeur et le defendeur dépend, dans une large mesure de la nature des faits qu'il s'agit de prouver" (BARTIN, in AUBRY/RAU, XII, § 749, blz. 90, noot 20*bis*).

Deze opvatting is dezelfde als de stelling door ROSENBERG verdedigd in de laatste uitgave van zijn handboek over de bewijslast: De normen van de bewijslast behoren tot het rechtsgebied van het voorschrift tot welke toepassing de te bewijzen feiten moeten dienen (L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, 1953, § 7, II, blz. 81). Zodoende is er geen algemene, abstracte bewijslastverdeling, die los zou staan van dit voorschrift (STORME, *a.w.*, nr. 145).

De vraag op wie de bewijslast rust, op de aanspraakmakende partij of op de aangesprokene uit onrechtmatige daad, behoort bijgevolg tot het toepassingsgebied van art. 1382 B.W. e.v. en voor het bewijs van het bestaan en van de omvang van de schade dient de bewijslast en zijn verdeling bepaald te worden naar de aard der zaak, het voorwerp zelf van de betwisting, die ter zake met aanwending van artikel 1382 e.v. B.W. moet beslecht worden (STORME, *a.w.*, nr. 451-452).

72 [...]

73 Het principe dat in het algemeen de bewijslast beheerst buiten die gevallen waar de wet in een bijzondere regeling voorziet, wordt sedert enkele tientallen jaren steeds duidelijker als volgt geformuleerd: Het onvolledige art. 1315 B.W. past op de verbintenissen uit overeenkomst, de door dit voorschrift onderstelde ruimere regel toe, dat de bewijslast rust op wie zich beroept op een afwijking van de normale gang van zaken of van een gevestigde toestand (BAUDRY/LACANTINERIE/BARDE, *Obligations*, III, nr. 2060, blz. 421; PLANIOL/RIPERT, tweede druk, VII, nr. 1420, blz. 756 e.v.; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil*, tweede druk, 1972, I, nr. 213; DE PAGE, III, 1967, nr. 728, B en 729, blz. 737 tot 739; STORME, *a.w.*, nr. 316 e.v.; noot W.G. onder Cass., 20 nov. 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 264, 2de kolom en 265, 2de kolom).

Aan DABIN komt de verdienste toe, dit principe, dat wellicht dikwijls intuïtief toegepast wordt, volledig klaar gemaakt te hebben in ons recht, terwijl slechts kan betreurd worden dat de praktijk en de auteurs zich hierop nog niet duidelijker ingesteld hebben.

Afgezien van een wellicht onnauwkeurige omschrijving van de bewijslast als het tegenovergestelde van *le bénéfice de l'expectative*, vermits de vraag naar de bewijslast de bewijsvoering moet besluiten (zie boven, nr. 69), schreef de Leuvense hoogleraar: „Enfin, là où personne n'est en possession ou encore lorsqu'il s'agit de faits étrangers en soi à toute idée de possession, il fallait bien recourir à un autre critère et, très raisonnablement aussi, la charge de la preuve est imposée à celui qui, demandeur ou défendeur, allègue un fait contraire à la normalité (matérielle ou juridique), ce qui sera apprécié en principe par le juge, d'après l'expérience de la vie, à moins que le doute ne soit levé par la loi elle-même définissant le normal et le présumant en l'espèce" (J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, 87).

De regel volgens welke de bewijslast rust op diegene die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken, wordt in het schadevergoedingsrecht

meestal op intuïtieve wijze toegepast, maar wordt in ons recht zelden duidelijk uitgedrukt. De rechtsleer wist, op enkele uitzonderingen na, noch een duidelijke formulering, noch een systematische uitbouw van deze vruchtbare idee te verschaffen, hetgeen tot onzekerheid in de praktijk leidt (raadpl. STORME, *a.w.*, nr. 313 e.v.).

De rechters hebben steeds ingezien, althans in de geschillen waar de bewijslevering onbeperkte vrijheid geniet zoals heel de stof van de schadeloosstelling, dat het bewijs niet moet gevraagd worden van vaststaande of vanzelfsprekende feiten: ,,Ce qui doit être prouvé, c'est tout fait allégué qui est contraire à l'état normal ou habituel des choses, ou à une situation acquise'' (F. GOROHE, *L'appréciation des preuves en justice,* Parijs (1947), 39; *vgl.* ook: DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé,* 542 e.v.; P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle, R.Trim.Dr.Civ.*, 1933, blz. 642 e.v.).

Merk reeds onmiddellijk op dat hetzelfde criterium woordelijk ook in onze rechtspraak teruggevonden wordt (Brussel, 14 mei 1952, *Pas.*, 1954, II, 92). Aldus besliste de Correctionele Rechtbank te Kortrijk in een zeer degelijk vonnis dat ,,de schadevergoeding niet geweigerd of geschorst mag worden uit reden ener mogelijkheid of eventualiteit die met de normale loop van zaken niet strookt'' (Corr. Kortrijk, 18 dec. 1933, *R.G.A.R.*, 1934, 1658).

Alleen daar moet bewezen worden, waar een vraagstuk bestaat. Welnu dit bestaat niet wanneer de voorstelling zich als vanzelfsprekend aan het bewustzijn voordoet. De ervaringsregelen, die de rechter als mens en rechter kent, zijn vermoedens die noodzakelijk in de rechtsbedeling ondersteld worden en aldus noodzakelijk tot het recht behoren. Het principe werd ter gelegenheid van een boekbespreking goed geformuleerd door MOTULSKY: ,,... les règles de l'expérience générale sont des présomptions légales sous-entendues, par conséquent du droit'' (*R.Int.Dr.Comp.*, 1949, blz. 208, voetnoot 1).

Dit laatste principe zal heel de stof beheersen. Het past trouwens in het stelsel van het bewijsrecht van het Burgerlijk Wetboek, vermits hieruit een vermoeden spruit dat aan het oordeel en aan het beleid van de rechter overgelaten is (art. 1353 B.W.).

Deze stelling sluit aan bij de oude rechtstraditie. DOMAT schreef reeds heel duidelijk: ,,Ainsi, tout ce qui arrive naturellement et communément, est tenu pour vrai; comme au contraire, ce qui n'est ni ordinaire, ni naturel, ne passera pas pour vrai, s'il n'est point prouvé... Ainsi, en général, tous les faits qui sont contraires à ce qui doit arriver naturellement, ne sont jamais présumés, si on ne les prouve'' (*Les Lois civiles,* Liv. III, Tit. VI, Sect. IV, 7).

74 De rechtsvergelijking bevestigt de juistheid van dit criterium van overeenstemming met de gewone gang van zaken.

Het komt voor in het recht van verschillende naburige landen, nagenoeg met dezelfde bewoordingen, en veelal bij de regeling van de bewijsvoering der schade.

De betwisting vertoont in het Nederlands recht een eigen aard.

Artikel 1902 Ned. B.W. bepaalt: ,,Een iegelijk, die beweert, eenig regt te hebben, of zich op eenig feit, tot staving van zijn regt of tot tegenspraak van een anders regt, beroept, moet het bestaan van dat regt of van dat feit bewijzen''.

Ofschoon deze tekst bovenaan een bijzonder boek geplaatst is, tot regeling van het bewijs in het algemeen,

geeft hij tot evenveel, zoniet tot meer betwistingen aanleiding dan artikel 1315 B.W., waaraan vooral geen grote draagwijdte als voorschrift mag gehecht worden. In elk geval kan er niet uit afgeleid worden hoever de bewijslast reikt van de partij op wie die rust (zie hierover vooral: ASSER/ANEMA, *Van Bewijs*, vierde druk (1940), blz. 78 e.v.; dezelfde vijfde druk (1953), blz. 86 e.v.; C.W. STAR BUSSEMANN, *Hoofdstukken van Burgerlijke rechtsvordering*, nieuwe druk, Haarlem (1948), blz. 259; B.J. POLENAAR, blz. 55 e.v.).

Bovendien is naar Nederlands recht zonder enige tegenspraak uitgemaakt dat de rechter, bij het begroten van de schade, niet gebonden is aan de bewijsregeling uit het verbintenissenrecht.

De Nederlandse Hoge Raad maakt sedert 1874 een duidelijk onderscheid tussen de vaststelling van het bestaan en de begroting van de omvang van de schade. Eenmaal het bestaan van de schade vastgesteld, is de rechter niet gebonden aan de wettelijke regelen betreffende de bewijsvoering, maar mag hij het bedrag der schade zelfstandig begroten (Vaste rechtspraak, zie H.R., 23 maart 1933, besluit BESIER en noot P.S., *N.J.*, 1933, blz. 898 e.v.; H.R., 30 jan. 1953, *N.J.*, 1953, nr. 624; H.R., 25 april 1958, *N.J.*, 1958, 417; H.R., 3 febr. 1961, *N.J.*, 1961, 361).

Ook naar het nieuw B.W. zal de rechter dezelfde bevoegdheid behouden om de omvang van de schade te schatten (art. 6.1.9.3.). Er mag evenwel aangestipt worden dat in tegenstelling met België, waar de vraag vastgeknoopt is aan artikel 1315 B.W., het vraagstuk in Nederland behoort tot de problematiek van de schadestaatprocedure voorzien door art. 612 Ned. Rv.

Anderzijds worden in de praktijk vrij algemeen vermoedens en algemene bewijsregelen aangewend, b.v. om vast te stellen dat de schade noodzakelijk moet volgen uit de besproken onrechtmatige daad (VOLLMAR, nr. 697, blz. 58 en nr. 771, blz. 333; A.R. BLOEMBERGEN, *Omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad*, blz. 38 e.v.; *id.* in DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 165).

Ook daar wordt dit met dezelfde bewoordingen geformuleerd „dat de *normale gang van zaken de waarschijnlijkheid voor zich heeft*, en dat de afwijkingen daarvan moeten bewezen worden" (B.J. POLENAAR, *Schets van het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht*, zevende druk, (1937), blz. 561).

§ 3. Oplossing

75 Na deze uitvoerige terugkeer tot de principes die de probleemstelling beheersen, en de vaststelling dat de bewijslast bepaald wordt door de aard van de betwisting, moet de nadruk gelegd worden op het onderscheid tussen de twee bestanddelen van de vast te stellen werkelijkheid, het bestaan en de omvang van de schade, vervolgens op de vrijheid van bewijsvoering en tenslotte op het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken.

A. ONDERSCHEID TUSSEN BESTAAN EN OMVANG VAN DE SCHADE

76 Het onderscheid dat in het Nederlandse recht gemaakt wordt tussen de vaststelling van het bestaan en de waardering van de omvang van de schade (zie boven, nr. 74), geldt ook in het Belgisch recht, maar wordt nog niet duidelijk, noch stelselmatig genoeg aangewend.

Men heeft het onderscheid vooropgesteld tussen la détermination du fait dommageable aan de ene kant en son évaluation aan de andere kant. Waar de waardering van de omvang van de schade bij benadering mag geschieden zou het bewijs van het bestaan van de schade nauwkeurig moeten geleverd worden (zie LALOUX/RENARD, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1949, 136; Brussel, 24 maart 1948, *J.T.*, 1948, 106; zie ook de uitvoerig aangehaalde motivering van het bestreden arrest in Cass., 8 nov. 1948, *Pas.*, 1948, I, 613; *J.T.*, 1949, 100; de voorziening waarin aangevoerd was dat dit onderscheid en het daaruit volgend onderscheid omtrent de bewijslast, een dubbelzinnige motivering was, werd verworpen).

Er valt op te merken dat de terminologie op verre na niet vastligt. In verschillende beslissingen is er sprake van détermination de la hauteur du préjudice (Brussel, 10 mei 1950, *Pas.*, 1950, II, 105).

Het Hof van Cassatie onderscheidt wel eens l'existence du dommage en l'appréciation de la hauteur du dommage (Cass., 10 juli 1950, *Pas.*, 1950, I, 823), of la réalité et le montant du dommage (Cass., 25 nov. 1946, *Pas.*, 1946, I, 443), of nog l'existence et l'étendue du dommage (Cass., 7 dec. 1970, *Pas.*, 1971, I, 319; *vgl.* ook met de terminologie aangewend door DABIN, *R.Crit.J.B.*, 1952, 91, nr. 48 e.v.).

Ook DEMOGUE legt de nadruk op het onderscheid: de schade moet zeker zijn in haar bestaan, niet naar haar omvang (DEMOGUE, IV, nr. 386, blz. 27 e.v.). Op het slachtoffer rust het bewijs van het eerste, het generieke bewijs niet van het tweede, het specifieke bewijs (DEMOGUE, IV, nr. 423, blz. 47 en noot 3).

De toenmalige eerste advocaat-generaal HAYOIT DE TERMICOURT drukte het onderscheid uit door te wijzen op de achtereenvolgende verrichtingen van de rechter. Vooreerst: „Circonscrire ... le dommage, c'est-à-dire, rechercher en quoi consiste le préjudice causé à la victime par l'acte illicite...". Na deze verrichting moet de herstelvorm gekozen worden, en, bij gebrek aan herstel in specifieke vorm, „... alors, et alors seulement, il s'impose de procèder à une évaluation proprement dite (conclusie vóór Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 573, 1ste kol.).

77.1 Steunend op het werkelijk onderscheid tussen deze twee verrichtingen van de rechter, dient dan ook voorgesteld te worden in de praktijk zoveel mogelijk de vragen gesteld in verband met het bestaan van de schade en diegene die oprijzen in verband met haar omvang uit elkaar te houden.

Derhalve wordt best gesproken van vaststelling van het bestaan van de schade en van de waardering of begroting van haar omvang of bedrag.

Dit onderscheid tussen het bestaan en de omvang der schade is ongetwijfeld nuttig ten aanzien van de bewijslast, om er toe te besluiten dat, waar het bewezen moet zijn dat het zeker is dat er schade veroorzaakt werd, het herstel ervan niet kan geweigerd worden onder voorwendsel dat de juiste omvang ervan niet bewezen werd, of dat het bedrag ervan niet zeker is.

Er kan m.a.w. gezegd worden dat er betreffende de omvang van vaststaande schade, geen vraag naar de bewijslast in de zin van bewijsrisico mag gesteld worden.

Inderdaad al de bestanddelen van art. 1382 B.W. zijn bij onderstelling verenigd, vermits bewezen is dat schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt werd. De rechter moet nu uitspreken, en zijn uitspraak kan niet anders zijn dan de toewijzing van schadeloosstelling.

Het weigeren van vergoeding, onder voorwendsel dat de omvang van de schade niet bewezen is, zou er op neerkomen een eis af te wijzen waarvan alle toewijzingsvoorwaarden verenigd zijn, omdat de rechter zijn taak, de begroting van de schadeloosstelling, niet behoorlijk meent te kunnen vervullen.

Dit is des te onrechtvaardiger daar het slachtoffer van een onrechtmatige daad geen voorafgemaakt bewijs van de omvang van zijn schade kan voorbrengen: een van te voren opgemaakt bewijs van de schade uit onrechtmatige daad is uiteraard ondenkbaar. Bovendien zal de onmogelijkheid om de juiste omvang der schade te bewijzen in menig geval het gevolg zijn van de onrechtmatige daad zelf. VON IHERING merkte terecht op dat de rechtvaardigheid in het procesrecht vereist, dat men de eiser ter hulp zou komen in een toestand die door de schuld van de verweerder teweeggebracht werd, ter zake de moeilijkheid om de schade te begroten (*L'Esprit du droit Romain*, IV, blz. 51, noot 52).

Dezelfde regel werd even duidelijk in het Engels recht geformuleerd: „Difficulty in assessing the damages is no reason for refusing to award damages, or for awarding only nominal damages" (MAYNE, *Treatise on damages*, elfde druk, door W.G. EARANGEY, Londen, 1946, blz. 60). Een gelijkaardige regel geldt in het

hedendaags Romeins-Hollands recht (zie LEE AND HONORE, *The South African Law of Obligations*, § 760, blz. 210).

77.2 Deze stelling is vanzelfsprekend beperkt tot die gevallen waar de schade in haar verschillende bestanddelen vaststaat, en kan niet uitgebreid worden om de eiser te ontslaan van het bewijs van bestanddelen van de schade die niet vermoed kunnen worden op grond van overeenstemming met de gewone gang van zaken.

Aldus b.v. zou de eiser, die stelt dat hij tengevolge van zijn invaliditeit niet alleen zijn loon verbeurt, maar bovendien de inkomsten uit overuren of thuisarbeid, de werkelijkheid van dit laatste bestanddeel van de aangevoerde schade moeten bewijzen.

Aldus kan de beschikking van een arrest van het Hof van Cassatie van 12 juni 1953 (*Pas.*, 1953, I, 800) goedgekeurd worden, maar moet terzelfdertijd de al te absolute aard van de motivering afgekeurd worden. Het ging er over een vraag van bewijslast van aanspraakmakende personen ten aanzien van het feit of, tengevolge van de onrechtmatige daad van de aangesprokene, de eisers verplicht geweest waren hun handel stop te zetten omdat zij verlies boekten. De voorziening in cassatie van de aanspraakmakende personen werd verworpen tegen het arrest dat de bewijslast hiervan op hen had laten rusten, ogenschijnlijk terecht. Het Hof van Cassatie wijst de voorziening af als ongegrond met de overweging dat op de eiser luidens artikelen 1315 en 1382 B.W. de bewijslast rust van het bestaan en van de omvang van de schade: ,,Attendu qu'aux termes des articles 1315 en 1382 du Code Civil, c'est à la partie qui demande en justice la réparation d'un dommage qu'il appartient d'en prouver l'existence et l'entendue; que c'est donc aux demandeurs qu'il incombait d'établir notamment, à l'encontre des dénégations opposées par les défendeurs, que le commerce en gros de denrées coloniales, exercé par la victime, avait depuis le décès de celle ci cessé d'être rémunérateur et avait dû être liquidé''.

Deze formulering gaat veel te ver en wijkt aldus af van al de overige rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie verder, nr. 85 e.v.).

Met dergelijke rechtspraak zou de begroting *ex aequo et bono* onmogelijk zijn.

Hiermede wil ook niet gezegd zijn dat de rechter niet zou moeten streven naar een zo nauwkeurig mogelijke begroting van schade en schadeloosstelling, en dat de aanspraakmakende partij zijn medewerking hiertoe niet zou moeten verschaffen. Dit is trouwens loutere theorie. De praktijk daarvan en de primaire verplichting tot nauwkeurige begroting van de schadeloosstelling zal verder besproken worden (zie verder, nr. 350 e.v.). Thans moet slechts elke idee van bewijslast, in de juiste zin van bewijsrisico uitgesloten worden ten aanzien van schade waarvan het bestaan in haar verschillende bestanddelen zeker is, terwijl haar omvang, ondanks alle bewijsvoering door de partijen en de rechter, onzeker bleef.

78 Deze regel die als een der meest fundamentele voorschriften van het schadevergoedingsrecht mag beschouwd worden, kan als volgt geformuleerd worden: De moeilijkheid om de omvang van de schade, en dus ook het bedrag van de schadeloosstelling, te begroten, vermindert noch haar werkelijkheid, noch de zekerheid van haar bestaan, en ontslaat er dienvolgens de rechter niet van tot schadeloosstelling te veroordelen.

De regel is, enkele zeldzame afwijkingen niet te na gesproken, stevig gevestigd in het Belgische en Franse recht sedert het beroemd gebleven arrest van de verenigde

kamers van het Franse Hof van Cassatie waarin op de besluiten van Procureur-Generaal DUPIN, voor het eerst het geldelijk herstel der extrapatrimoniale schade duidelijk bekrachtigd werd (Cass.fr., (Ver. Kamers), 15 juni 1833, *Rec. Sirey*, 1833, I, 458; zie vooral Cass.fr., 4 febr. 1920, *Rec. Sirey*, 1921, I, 86; zie verder: DEMOGUE, IV, nr. 455, blz. 116; DEMOGUE, VI, nr. 256, blz. 286; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 542 en nr. 546, blz. 752; L. RIPERT, *a.w.*, nr. 152, blz. 169; DE PAGE, II, nr. 951*bis*, blz. 896; DALCQ, *Traité*, II, nr. 4233; Cass., 2 febr., 1959, *Pas.*, 1964, II, 242).

Wanneer het bestaan van de schade zeker is, zal de rechter, als het niet anders mogelijk is en de partijen in de conclusie geen andere wijze van begroten voorstellen haar bedrag *ex aequo et bono* begroten (o.m. Cass., 5 sept. 1957, *Pas.*, 1957, I, 1384; Cass., 20 jan. 1969, *Pas.*, 1969, I, 455; Cass., 11 jan. 1972, *Pas.*, 1972, I, 453; zie hierover verder, nr. 350 e.v.). Dit is vrijwel onbetwiste dagelijkse praktijk, waarvan slechts uitzonderlijk afgeweken wordt.

Dit zal gebeuren o.m. in de meeste gevallen van schade door verhinderde winst (zie boven, nr. 29), althans wanneer het slachtoffer geen vast inkomen had.

Aldus werd terecht geoordeeld dat zeker vaststond dat een kleine aannemer, tengevolge van zijn tijdelijke invaliditeit, schade lijdt doordat hij gedurende die tijd het vermogen verbeurde om nieuwe werken te aanvaarden. Hoezeer ook de omvang van dit verlies uiteraard onzeker is, toch moet deze niet te betwisten maar zekere schade vergoed worden, en dient de omvang van de schade, en dus ook de schadeloosstelling *ex aequo et bono* begroot te worden (Corr. Doornik, 4 febr. 1955, *Bull.Ass.*, 1955, 762).

79 Ten aanzien van de principes is de eis voor toewijzing vatbaar, telkens wanneer zekerheid omtrent de veroorzaakte schade verschaft is, hoe klein ook haar omvang zij.

Weliswaar zegt men soms dat er merkelijke schade moet zijn, en dat anders de regel *de minimis non curat praetor* toepassing vindt (DEMOGUE, IV, nr. 385, blz. 27 en nr. 423, blz. 74).

L. RIPERT vermeldt in dit verband enkele toepassingen die in de Franse rechtspraak van dit principe zouden gemaakt zijn. Maar men kan de vraag stellen of het daar niet ging om gevallen waar helemaal geen schade mocht vastgesteld worden, veeleer dan de beschouwing volgens dewelke de omvang van de schade niet belangrijk genoeg was. Denk b.v. aan het door de auteur aangehaalde geval, waar als schade aangevoerd werd het feit dat dieren in het woud door de aangesprokene verschrikt werden (L. RIPERT, nr. 150, blz. 165 e.v.).

De vraag, aldus gesteld, kan wel louter theoretisch lijken; zij komt neer op een kwestie van motivering. Verder echter zal een belangrijker aspect van deze vraag behandeld worden, waar onderzocht wordt of de inbreuk op een welbepaald recht niet noodzakelijk werkelijke schade betekent die, bij gemis aan vermogensschade uit die krenking ontstaan, als extrapatrimoniale schade, voor vergoeding in aanmerking moet genomen worden (zie verder, nr. 657 e.v.).

80 Terloops kan hier reeds vermeld worden dat het onderscheid tussen het bestaan

en de omvang der schade ook nuttig is voor andere aangelegenheden dan het bewijs en de bewijslast.

Aldus voor de vaststelling dat het recht op schadeloosstelling bestaat vóór het vonnis dat dit erkent, en wel vanaf het ogenblik waarop de schade ontstaan is. Vanaf dit ogenblik zal schade die zeker is in haar bestaan, de voldoende grondslag zijn voor een beslag onder derden, ook al is het bedrag nog onzeker. Voor het beslag onder derden volstaat immers een zekere schuldvordering (zie verder, nr. 155; art. 1445 e.v. Ger.W.).

Dit voorafbestaand recht en de daaruitvolgende declaratieve aard van het vonnis sluit dan ook niet uit, wel integendeel, dat het bedrag van de schade vatbaar is voor aangroei of vermindering tussen haar ontstaan en de uitspraak, en derhalve zal de begroting dienen te geschieden naar het tijdstip der einduitspraak (zie verder, nr. 374 e.v.).

Een andere gevolgtrekking werd ook terecht uit dit onderscheid afgeleid. De strafbaarheid kan afhangen van het bestaan van de schade, niet van haar omvang. De uitspraak van de strafrechter over het bestaan van de schade bindt met het gezag van gewijsde de burgerlijke rechter. Dit zou niet het geval zijn met de overbodige vaststelling, door de strafrechter, van haar bedrag (H.L.J. MAZEAUD, II, zesde druk, 1970, nr. 1786, blz. 876).

Ook in verband met de invloed van de voorzienbaarheid van schade op de schadeloosstelling zal hetzelfde onderscheid gemaakt worden. Nooit kan de voorzienbare aard van de omvang van de schade enige rol spelen. Voorzienbaarheid van het ontstaan van welkdanige schade ook, zal, waar de onrechtmatige daad slechts in een gebrek aan vooruitzicht en voorzorg bestaat, een bestanddeel van de schuld kunnen zijn (zie verder, nr. 224).

B. VRIJE BEWIJSVOERING

81 Het vraagt werkelijk geen betoog dat het bestaan en de omvang van de schade, door een onrechtmatige daad veroorzaakt, feiten zijn waarvan het voorafgemaakte schriftelijke bewijs uit de aard der zaak uitgesloten is. De bewijsvoering is dan ook volledig vrij (art. 1348, I° B.W.). Het bestaan en de omvang van de schade mogen derhalve met alle middelen bewezen worden, meestal door vermoedens eigen aan de omstandigheden van elk geschil. Nopens dit punt bestaat algemene overeenstemming (H.L.J. MAZEAUD, II, zesde druk, 1970, nr. 1701; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile,* I, 1972, nr. 588; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil,* I, tweede druk, 1972, nr. 265; DALCQ, *Traité,* II, nr. 2865; Cass., 12 okt. 1962, *Pas.,* 1963, I, 192).

C. HET CRITERIUM VAN DE GEWONE GANG VAN ZAKEN

82 Daar het hier slechts over het bewijs van de schade gaat, wordt het bewezen zijn van de onrechtmatige daad van de aangesprokene, of zijn vermoede aansprakelijkheid (art. 1384 e.v. B.W.) als gegeven verondersteld (zie hierover, Tw. *Onrechtmatige daad).*

Moet de aanspraakmakende persoon bewijzen dat hij schade leed, en draagt hij het risico van de bewijsvoering, of rust integendeel op de aangesprokene, die bij onderstelling een onrechtmatige daad verrichtte, de bewijslast dat hieruit geen schade ontstond?

Op het gebied van de bewijslast heeft de wetgever zijn voorkeur voor het slachtoffer laten blijken.

Dit werd door DABIN zeer goed opgemerkt; de vermoedens van aansprakelijkheid uit artikel 1384 e.v. B.W. zijn gesteund op een wettelijke voorkeur voor de belangen van het slachtoffer: ,,des préférences légales et qui dépassent incontestablement le champ de la preuve'' (J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif,* blz. 92, voetnoot 2; zie ook MAZEAUD, II, zesde druk, 1970, nr. 1685).

Hierin werd bij de Romeinse traditie aangeknoopt, waarin ook gestreefd werd om in de herstelvorming het door de eiser te leveren bewijs van de schade te vergemakkelijken ten einde, volgens het woord van VON IHERING, de gelijkheid tussen de partijen te herstellen, en de eiser ter hulp te komen in een toestand door de schuld van de verweerder geschapen (VON IHERING, IV, blz. 51, voetnoot 52).

Op dezelfde gronden kwam WOLFSBERGEN tot het besluit dat bij aansprakelijkheid voor beroepsfouten (geneesheren, advocaten, ministeriële officieren, e.d.m.) nimmer het bewijs mag verlangd worden, dat zonder de schuld de schade niet zou ontstaan zijn (WOLFSBERGEN, blz. 171). Inderdaad, de bewezen onrechtmatige daad zelf heeft dergelijke volledige bewijsvoering onmogelijk gemaakt.

Het is b.v. onmogelijk volledig te bewijzen dat de door de geneesheer behandelde zieke zou genezen zijn, moest hem geen vergif toegediend zijn in plaats van het gepaste heelmiddel (WOLFSBERGEN, blz. 171).

Een gelijkaardige rechtstoestand ontstaat na het mislukken van een rechtspleging door schuldige nalatigheid (zie hierover boven, nr. 77 e.v., nr. 105).

83 Het slachtoffer wordt ter hulp gekomen door het feitelijk vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken. Dit vermoeden verschuift de bewijslast, evenals een wettelijk wederlegbaar vermoeden dit doet (zie BARTIN in AUBRY/RAU, XII, § 749, voetnoot 10*bis,* blz. 79; PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 1421, blz. 757; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil,* I, tweede druk, 1972, nr. 213; *vgl.* DOMAT, *Les lois civiles,* Liv. III, Tit. VI, Sect. IV).

Het enige verschil is hierin gelegen dat, in het laatste, de gewone toestand, of de normale gang van zaken door de wetgever *in abstracto* aangeduid is tot bewijs van het tegendeel, terwijl het in het eerste, *in concreto* verschaft wordt door de menselijke en rechterlijke ervaring.

Zoals elk weerlegbaar vermoeden is dit niet alleen een kwestie van bewijslast (*vgl.* DE PAGE, III, nr. 732, blz. 712), maar tevens van bewijswaardering, aangezien het volstaat dat de rechter twijfelt ten aanzien van de bestanddelen van het geschil of van het tegenbewijs door de verweerder geleverd, opdat te langen laatste het bewijsrisico terug zou keren naar de aanspraakmakende partij.

M.a.w., en dit zal het besluit zijn van dit principiële onderzoek, de bewijslast en het bewijsrisico ten aanzien van het bestaan van de schade rust in principe op de aanspraakmakende partij.

Zij moet de schade stellen. Indien op het einde van het debat de rechter niet overtuigd is, niet zeker is dat er schade veroorzaakt werd, moet de eis afgewezen worden (over deze graad van zekerheid zie verder, nr. 91 e.v.).

Maar deze bewijslast is verlicht door de aanwending van het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken.

De bewijslast en het bewijsrisico van de afwijking daarvan, rust op degene die zich op de afwijking beroept.

Dit bevestigt op het plan der algemene beginselen dat de vraag naar de bewijslast nooit te scheiden is van de vraag naar de rechterlijke bewijswaardering. Bepalen op wie de bewijslast rust moet tevens inhouden hoever diens bewijslast reikt. M.a.w. de bewijslast is niet statisch te beschouwen maar is dynamisch ingesteld op het *in concreto* aangewende vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken, vermoeden dat volgens de gegevens van elk geding wisselt.

Als algemene regel mag vooropgesteld worden dat uit de aard zelf van het te leveren bewijs het bestaan der schade, althans *prima facie,* kan blijken uit het feitelijke vermoeden spruitend uit het *id quod plerumque fit.* Op de aangesprokene zal dan ook de last rusten om dit vermoeden te ontzenuwen, hij zal daarvan ook het risico dragen.

Wel te verstaan echter, verschaft deze ervaringsregel een feitelijk vermoeden dat *in concreto* getoetst moet worden aan de omstandigheden van de zaak. Anders zou de opmerking van RENARD ten aanzien van het aanwenden van feitelijke vermoedens van schuld, ook gelden betreffende dit vermoeden van schade: „... les présomptions humaines de l'article 1353 doivent être exclusivement extraites des circonstances particulières des espèces individuelles portées devant les prétoires. Sortir de ce domaine concret et individuel de l'espèce pour établir des présomptions de fait abstraites susceptibles de devenir, par leur généralité, des règles universelles de solution des litiges dans une catégorie juridique déterminée, c'est, en réalité, légiférer" (RENARD, noot onder Cass., 18 jan. 1945, *R.Crit.J.B.,* 1947, 94).

Maar deze zienswijze, toegepast op het vermoeden van schade, is te streng. Aan de ene kant omdat bij onderstelling de aansprakelijkheid reeds vaststaat, en op grond van de abstracte belangenwaardering de bewijslast van de aanspraakmakende partij, ten nadele van de aansprakelijke moet verlicht worden. Aan de andere kant, omdat het aangewende vermoeden niet slechts als bewijs geldt, maar als criterium om de bewijslast te verdelen.

Wanneer aldus de bij onderstelling bewezen onrechtmatige daad van de aangesprokene van aard is om normaal schade te veroorzaken, moet haar bestaan vermoed worden; m.a.w. op de aangesprokene rust de bewijslast van het tegendeel (zie boven, nr. 73 en 74; H. PFEFFER, *Grondbegrippen van het Nederlandsch mededingingsrecht,* Haarlem, (1938), § 12, blz. 37).

Concurreren wordt wel eens omschreven als het recht tot schaden en een daad van mededinging zonder schade zou niet bestaan (GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging,* I, nr. 112, blz. 130 en II, nr. 98, blz. 99). Het behoort dus tot de normale gang van zaken dat onrechtmatige mededinging *a fortiori* schade veroorzaakt, waarvan het bestaan door het slachtoffer niet nader zal moeten bewezen worden.

84 In een paar arresten heeft het Hof van Cassatie de gelegenheid gehad op ondubbelzinnige wijze de juistheid te bevestigen van de bewijslastverdeling en de bewijsvoering op grond van het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken, en wel in verband met de betwisting van de schade uit onrechtmatige daad.

In de vele voorzieningen die schending van artikel 1315 B.W. aanvoerden komen enkele gevallen voor waar het vraagstuk duidelijk de bewijslast betrof, en als dusdanig door het Hof van Cassatie kon opgelost worden.

Het Hof oordeelde dat de feitenrechter als bewezen mag beschouwen het geen met de normale gang van zaken strookt, en dat het opleggen van de last van het tegenbewijs op de verweerder, artikel 1315 B.W. niet schendt.

Aldus mocht de feitenrechter tot begroting van de inkomstenschade oordelen dat het niet bewezen was dat het slachtoffer ondanks zijn ziekelijke toestand niet zolang zou geleefd hebben, als aangeduid wordt door de levensduurtabellen. Door de last van het tegenbewijs op de verweerder te laten rusten werd geen inbreuk gemaakt op het principe *actori incumbit probatio* (Cass., 13 juni 1932, *Pas.*, 1932, I, 189).

Stelliger nog in de bewoordingen van zijn uitspraak, besliste het Hof van Cassatie dat, bij betwisting nopens de vraag of een tengevolge van een ongeval krankzinnig geworden slachtoffer later onafhankelijk daarvan, toch tengevolge van zijn voorbeschiktheid aan deze kwaal zou geleden hebben, de bewijslast van deze omstandigheid op de aangesprokene rust (Cass., 8 juni 1951, *Pas.*, 1951, I, 691; *R.W.*, 1951-52, 545; zie over het vraagstuk van de voorbeschiktheid van het slachtoffer, verder, nr. 248 e.v.).

In een niet ondertekende noot onder dit laatste arrest in de *Pasicrisie* wordt de algemene regel, door deze uitspraken ondersteld, duidelijk samengevat: ,,La réparation d'un dommage est ordonnée par le juge en tenant compte des situations normales. Si donc l'auteur de l'acte illicite invoque une circonstance exceptionnelle ..., il lui incombe d'établir l'existence de cette circonstance'' (*Pas.*, 1951, I, 692).

85 De vruchtbaarheid van het criterium van de gewone gang van zaken kan moeilijk overschat worden. Talrijke toepassingen zullen verder ontmoet of besproken worden.

Enkele losse toepassingen worden hier slechts als illustratie vermeld, waarin het aangewend werd, zowel tot vaststelling van het bestaan van de schade of van zekere bestanddelen ervan, als tot de begroting van haar omvang.

Volgens de gewone gang van zaken volgt er inkomstenschade uit werkonbekwaamheid, het tegendeel moet door de aansprakelijke bewezen worden (*vgl.* Hof te Amsterdam, 5 dec. 1952, *N.J.*, 1953, nr. 708).

De officiële invaliditeitsbarema's duiden het normale gevolg van de verwonding aan, afwijkingen daarvan moeten bewezen worden door degene die ze aanvoert (Rb. Kortrijk, 26 juni 1952, *R.G.A.R.*, 1953, 5103; *R.G.A.R.*, 1954, 5374 met noot J. FONTEYNE).

Na overlijden worden de genegenheidsbanden tussen het slachtoffer en zijn nabestaanden vermoed (zie verder, nr. 946), of dat het slachtoffer normaal zo lang geleefd zou hebben, als aangeduid is door de levensduurtabellen (Cass., 13 juni 1932, *Pas.*, 1932, I, 189).

Ter zake van wildschade moet de eiser niet bewijzen dat hij de geteisterde akker op normale wijze verzorgd had (P. SERVAIS, *De la responsabilité des dégats causés par le gibier*, nr. 113, blz. 67 e.v.).

Er wordt vermoed dat courante waren tegen de marktprijs te verkrijgen en te verkopen zijn; dat afgedragen kleren niet meer kunnen verkocht worden; dat een beschadigde auto, hoe goed hij ook hersteld werd, aan verkoopwaarde inboet; dat een bij de ouders inwonend kind zijn loon aan zijn ouders afstaat; dat een verloofde met het slachtoffer zou gehuwd zijn wanneer het ongeval de dag voor het huwelijk gebeurde, enz.

86 Maar ook hier schuilt gevaar in overdrijving.

De ervaringsregel zal steeds aan de eigen concrete gegevens van de zaak getoetst worden. Hij mag geenszins geabstraheerd worden tot een absolute regel. Het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken verschaft immers slechts een *prima facies* bewijs tot het tegendeel, en aldus vooral een verschuiving

van de bewijslast. Het geldt niet wanneer het door de bestanddelen van de zaak zelf ontzenuwd wordt (*vgl.* Gent, 6 juni 1953, *R.G.A.R.*, 1953, 5263).

Indien aldus bij onrechtmatige mededinging *prima facie* kan aanvaard worden dat de door de inbreuk verwezenlijkte winst overeenstemt met het door het slachtoffer geleden verlies, dan vervalt dit vermoeden waar uit de omstandigheden moet afgeleid worden dat het slachtoffer anders deze cliëntele toch niet zou verworven hebben (zie verder, nr. 274).

Bovendien is het duidelijk dat het criterium van de gewone gang van zaken hier slechts aangewend wordt tot het bepalen van de bewijslast, zijn verdeling en de uitgestrektheid van de bewijsvoering. Het geldt geenszins tot beperking van de te vergoeden schade, noch van het oorzakelijk verband, in tegenstelling met het buitenlands recht waar het criterium van redelijke voorzienbaarheid volgens de gewone gang van zaken, dient tot beperking van de omvang der te vergoeden schade of van het oorzakelijk verband (zie hierover verder, nr. 224).

87 Het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken is ten slotte slechts een ondergeschikt hulpmiddel, tot mildering van een te strakke verdeling van de bewijslast.

Het zou dan ook ten onrechte ingeroepen worden tot bewijs van de schade die voor nauwkeurige vaststelling en begroting vatbaar is.

Ten aanzien van de nauwkeurig te begroten schade moet de aanspraakmakende persoon alle bestanddelen voorbrengen.

Niet nauwkeurig te begroten schade — waarmede gelijk staat de te moeilijk of op te kostelijke wijze te begroten schade (zie verder, nr. 365) — wordt echter door de rechter eveneens begroot volgens de gewone gang van zaken, *ex aequo et bono;* zonodig kan de eed opgedragen worden (Rb. Dinant, 17 jan. 1949, *R.G.A.R.*, 1949, 4534: schattingseed in de zin van art. 1369 B.W.; Arbrb. Amsterdam, 13 april 1948, *N.J.*, 1948, nr. 642: aanvullende eed; J. FONTEYNE, boekbespreking in *R.G.A.R.*, 1954, 5402, tweede blz., voetnoot I). Maar van de eiser mag steeds gevergd worden dat hij alle dienstige aanknopingspunten zou verschaffen.

§ 4. Toezicht van het Hof van Cassatie

88 In de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden de vraagstukken in verband met de bewijslast zelden scherp gesteld, doordat de feitenrechter doorgaans het bestaan van de betwiste feiten op soevereine wijze kan bevestigen of ontkennen, terwijl — zoals reeds werd opgemerkt — over de bewijslast slechts dan moet uitgesproken worden, wanneer de rechter in de onzekerheid blijft die hem niet toelaat hetzij de gestelde feiten te erkennen, hetzij deze te ontkennen, en dan pas de partij moet aanduiden op wie het risico rust van het niet bewezen zijn van de feiten.

Tegen voorzieningen die schending van artikel 1315 B.W. aanvoerden besliste het Hof van Cassatie herhaaldelijk en zeer terecht dat de feitenrechter soeverein oordeelt evenzeer omtrent het bestaan als over de omvang van de schade (zie o.m. Cass., 14 febr. 1949, *Pas.*, 1949, I, 127; Cass., 14 febr. 1966, *Pas.*, 1966, I, 769; Cass., 31 maart 1969, *Pas.*, 1969, I, 676; Cass., 7 dec. 1970, *Pas.*, 1971, I, 319; *Arr.Cass.*, 1971, 339).

De conclusies van de partijen, welke ook hun waarde is, dienen nochtans beantwoord

te worden, ook ten aanzien van het bestaan der schade (Cass., 17 okt. 1949, *Pas.*, 1950, I, 85; Cass., 24 febr. 1964, *Pas.*, 1964, I, 675; Cass., 13 dec. 1971, *Pas.*, 1972, I, 359; *Arr.Cass.*, 1972, 364). De verplichting om de conclusies te beantwoorden is meestal minder streng opgevat ten aanzien van de vaststelling van het bestaan dan ten aanzien van de waardering van de omvang, omdat een loutere vaststelling van het bestaan doorgaans als voldoende antwoord kan gelden op een conclusie waarin dit betwist wordt, terwijl de rechter de motieven moet geven waarom hij de omvang van de schade op een andere wijze heeft gewaardeerd dan in conclusie voorgedragen was (Cass., 21 nov. 1949, *Pas.*, 1950, I, 178; Cass., 19 jan. 1953, *Pas.*, 1953, I, 341 met noot; Cass., 16 april 1962, *Pas.*, 1962, I, 923; Cass., 8 nov. 1963, *Pas.*, 1964, I, 269; *R.G.A.R.*, 1964, 7355; Cass., 16 jan. 1967, *Pas.*, 1967, I, 591).

In een vaststaande rechtspraak herhaalt het Hof voortdurend dat de feitenrechter het bestaan der schade soeverein vaststelt, mits hij met ondubbelzinnige motieven de regelmatige conclusie van de partijen beantwoordt (Cass., 15 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 652 met noot waarin de regel zeer goed wordt samengevat; Cass., 7 sept. 1971, *Pas.*, 1972, I, 17).

Ook afgezien van alle besluiten, moeten de motieven werkelijk tot grondslag kunnen dienen van het beschikkend gedeelte van het vonnis. In dit opzicht blijkt het Hof streng te zijn.

Aldus werd onvoldoende geoordeeld voor de toewijzing van schadeloosstelling aan de ouders, de loutere vaststelling dat het overleden slachtoffer hun een deel van zijn loon afstond, zonder na te gaan of, en vast te stellen dat deze bijdrage zijn eigen kosten overtrof (Cass., 2 mei 1949, *Pas.*, 1949, I, 326; *R.G.A.R.*, 1950, 4690).

M.a.w. het Hof vereist de ondubbelzinnige vaststelling door de feitenrechter dat de schade, waarvoor hij schadeloosstelling toewijst, zeker vaststaat.

De vaststelling dat er mogelijk schade voorhanden was volstaat dus niet. Aldus werd een arrest verbroken wegens schending van de artikelen 1315 en 1382 B.W., waarin aan de erfgenaam een genoegdoening werd toegewezen voor het leed door het gedode slachtoffer ondergaan vóór zijn dood, omdat het niet zeker was dat dit onmiddellijk het bewustzijn had verloren (Cass., 31 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 223). Alleen de uitgedrukte motieven werden in dit laatste arrest gecensureerd aangezien in een latere uitspraak de begroting *ex aequo et bono* van het bedrag van deze schade als voldoende vaststelling van haar bestaan beschouwd werd t.o. van de betwisting vanwege de aangesprokene (Cass., 21 nov. 1949, *Pas.*, 1950, I, 178).

Er wordt hier aan herinnerd dat, ten aanzien van de zekerheid zelf van de schade, het Hof een onderscheid maakt: het bestaan moet zeker vaststaan, de omvang mag onzeker blijven (Cass., 28 okt. 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; *Arr.Cass.*, 1942, 129 met noot P.D.B.; *R.G.A.R.*, 1947, 3993).

Het bestaan van de schade mag door de rechter uit vermoedens afgeleid worden waarvan hij de bestanddelen niet moet aanduiden (Cass., 12 jan. 1950, *Pas.*, 1950, I, 311; *R.G.A.R.*, 1951, 4740; Cass., 28 okt. 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; *Arr.Cass.*, 1942, 129; Cass., 12 okt. 1962, *Pas.*, 1963, I, 192).

Aan de andere kant mag de feitenrechter het bedrag of de omvang van de schade bij ontstentenis aan nauwkeurige gegevens soeverein vaststellen (zie o.m. Cass., 20 jan. 1949, *Pas.*, 1949, I, 54; Cass., 14 sept. 1964, *Pas.*, 1965, I, 38; Cass., 14 febr. 1966, *Pas.*, 1966, I, 769; Cass., 18 april 1973, *Pas.*, 1973, I, 796; *Arr.Cass.*, 1973, 823; Cass., 2 mei 1974, *Pas.*, 1974, 906; *Arr.Cass.*, 1974, 963).

89 De rechtspraak van het Hof van Cassatie kan dus als volgt samengevat worden.

In principe is de vaststelling van het bestaan en van het bedrag van de schade aan de vrije beoordelingsmacht van de feitenrechter voorbehouden.

Het Hof beperkt zijn toezicht tot een dubbel onderzoek:

a) betreffende de beantwoording van de besluiten van eis en verweer, wat ook hun waarde is;

b) betreffende de redengeving die de werkelijke grondslag van de veroordeling moeten inhouden.

Het Hof maakt in dit dubbel onderzoek een onderscheid tussen de verplichting van de feitenrechter ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade.

1. Het bestaan moet zeker zijn, het bedrag niet.
2. Maar het bestaan moet noodzakelijk en ondubbelzinnig vastgesteld worden.
3. Ten aanzien van de betwisting van het bestaan, geldt de ondubbelzinnige vaststelling ervan meestal als voldoende antwoord.
4. Het bestaan kan vastgesteld worden op grond van vermoedens, waarvan de feitenrechter de bestanddelen niet moet aanduiden.
5. Onder deze vermoedens, geldt dit van overeenstemming met de gewone gang van zaken (zie boven, nr. 84).

§ 5. Samenvatting en besluiten

90 Dit uitvoerig onderzoek laat toe als volgt te besluiten.

De bewijslast heeft niets te maken met de procesrechtelijke bewijsvoering van de partijen en van de rechter, maar is een aangelegenheid van het materiële recht.

Hij verschaft het *ultimum refugium* op grond waarvan de rechter, bij onzekerheid nopens de feiten, zijn uitspraak zal vellen, door aan die van de partijen ongelijk te geven, op wie de bewijslast rust. Aldus is de bewijslast niets anders dan een bewijsrisico, dat moet bepaald worden op het einde van de bewijsvoering.

In een houding van neutraliteit, die geenszins met volstrekte lijdelijkheid te verwarren is, streeft de rechter er naar dat de materiële waarheid zou achterhaald worden.

De bewijslast hangt af van de aard van de betwisting en is een toepassing van de rechtsnorm tot de toepassing waarvan de te bewijzen feiten ten grondslag moeten dienen.

Waar de schade betwist wordt, is de bewijsvoering vrij, en de rechter zal haar op grond van vermoedens mogen erkennen.

De bewijslast en de bewijsvoering lenen zich slechts tot een theoretisch onderscheid, maar niet tot een praktische scheiding.

Op grond van de rechtvaardigheid en van de abstracte belangenwaardering, is de principiële bewijslast van de aanspraakmakende persoon verlicht.

Het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken verschuift de bewijslast op diegene die zich op de afwijking daarvan beroept.

Tot de vaststelling van het bestaan van de schade kan besloten worden op grond dat, in overeenstemming met de gewone gang van zaken, de bewezen onrechtmatige daad schade veroorzaakt heeft.

Waar het vaststaat dat er schade veroorzaakt werd, kan geen vraag naar de bewijslast gesteld worden betreffende de omvang van de schade, waarvan de bestanddelen vaststaan. Wanneer de schade in haar bestaan zeker is, kan het herstel nooit geweigerd worden onder voorwendsel dat haar omvang onzeker is. De rechter zal dan bij gebrek aan beter, *ex aequo et bono* haar omvang waarderen.

AFDELING II

DE SCHADE MOET ZEKER VASTSTAAN

§ 1. Het begrip van gerechtelijke zekerheid

91 Welke is nu de zekerheid die vereist wordt opdat de rechter het bestaan van de schade zou erkennen?

Er wordt vooreerst aan herinnerd, dat de omvang van de schade niet aan hetzelfde vereiste van zekerheid onderworpen is als het bestaan van de schade.

Er werd reeds opgemerkt dat, zodra de schade in haar bestaan zeker vaststaat, de moeilijkheid om haar omvang te begroten geen hinderpaal mag zijn voor haar herstel (zie boven, nr. 78).

Er wordt ook aan herinnerd dat de vraag nopens de zekerheid van de schade niet mag verward worden met de vraag naar de zekerheid van het oorzakelijk verband (zie boven, nr. 1 en 2) hoezeer ook de schade een causaal begrip is (zie boven, nr. 22).

De gerechtelijke zekerheid is, zoals reeds betoogd werd, van heel andere aard dan de wetenschappelijke zekerheid. De rechter is verplicht uitspraak te doen, waardoor de partijen van elkander geraken, en bovendien is aan deze uitspraak het gezag van gewijsde verbonden (zie boven, nr. 68).

Dat deze zekerheid nooit volstrekt hoeft te zijn volgt reeds uit de vaststelling dat de bewijslast verlicht werd door de aanwending van het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken (zie boven, nr. 73 e.v.).

Deze zekerheid betekent niets anders dan dat de rechter als rechter overtuigd is van het bestaan van de aangevoerde feiten (BAUDRY/LACANTINERIE/BARDE, *Obligations*, tweede druk, III (1905), nr. 2056, blz. 398).

Welnu, de overtuiging van de rechter als rechter, d.w.z. als mens die aan een geschil tussen belangen, en niet tussen ideeën, een praktische einde moet stellen door zijn vonnis, vereist geen volstrekte zekerheid.

De gerechtelijke zekerheid is niets anders dan een hoge graad van waarschijnlijkheid, zodat men aan het tegendeel, dat theoretisch mogelijk blijft, niet meer ernstig hoeft te denken; m.a.w. grote waar-

schijnlijkheid in overeenstemming met de gewone gang van zaken.

Hierover bestaat niet alleen in ons recht, maar ook elder, bij al diegenen die het vraagstuk van naderbij onderzochten, vrijwel algemene overeenstemming (zie o.m. MARTY, noot, *Rec. Sirey*, 1951, I, 148; RODIERE, nr. 1605, a, blz. 224; AUBRY/RAU, vijfde druk, XII, § 749, blz. 63 en de noot van BARTIN op blz. 84, voetnoot 19*bis;* P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, R.Trim.Dr.Civ.*, 1933, 642, nr. 7; MAZEAUD, I (1965), nr. 216, blz. 269; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, I (1972), nr. 258; W. VAN GERVEN, *Beginselen*, I, nr. 117, blz. 365; T.J. DORHOUT MEES, *Schadeverzekeringsrecht*, derde druk (1953), blz. 355 e.v.; ROSENBERG, *Beweislast*, § 2, blz. 5 e.v.; *vgl.* ook Rb. Brussel, 10 juli 1943, *Pas.*, 1944, III, 42).

De schade zal zeker zijn wanneer zij in zo hoge mate waarschijnlijk is, dat de rechter niet ernstig meer aan het tegendeel moet denken, ook al is dit theoretisch nog mogelijk.

DEMOGUE mocht in die zin dan ook schrijven: „tout dommage n'est que probable" *(R.Trim.Dr.Civ.*, 1913, 812). Het toepassingsgebied van artikel 1382 B.W. toont, wellicht meer dan welk ander, aan dat in de gerechtelijke uitspraken nooit stellige zekerheid, maar slechts waarschijnlijkheid verwezenlijkt wordt (GORPHE, *Les décisions de justice*, blz. 126).

Een juist begrip van de schade leidt tot dit onvermijdelijke gevolg. De schade is immers een hypothetisch begrip (zie boven, nr. 22). Zij is de uitslag van de vergelijking tussen de toestand van de benadeelde zoals hij door de onrechtmatige daad veroorzaakt is, en de hypothetische toestand waarin hij gebleven zou zijn zonder de onrechtmatige daad.

M.a.w. men vergelijkt met hypotheses. Bovendien komt slechts als schade voor vergoeding in aanmerking het nadelige verschil, dat door de onrechtmatige daad veroorzaakt is. Daarbij moet dus ook rekening gehouden worden met hetgeen anders gebeurd zou zijn of met de nadelen die alleszins zouden ontstaan zijn zonder de onrechtmatige daad.

De invloed van latere gebeurtenissen waardoor de omvang van de schade kan beïnvloed worden, zal uitvoeriger besproken worden (zie verder, nr. 366 e.v.).

Dit leidt noodzakelijk tot vraagstukken nopens zekerheid van de schade, en deze zekerheid zal dikwijls zeer concreet erkend of ontkend worden, naar gelang het persoonlijk inzicht van de rechter in de toedracht van de zaak.

Hierdoor is een juist passende schadeloosstelling een ideaal, dat vaak niet kan bereikt worden, omdat nopens de omvang van de schade noodzakelijk uiteraard slechts betrekkelijke zekerheid kan verschaft worden.

Deze zekerheid moet, zoals verder zal blijken, door de rechter beoordeeld worden naar het tijdstip van zijn einduitspraak (zie verder, nr. 368 e.v.).

92 Omtrent het principe is iedereen het nagenoeg eens, maar ondanks deze eensgezindheid, blijven de vragen betreffende de zekerheid van de schade behoren tot de meest kiese problemen van ons schadevergoedingsrecht, terwijl op dit gebied een onmiskenbare taalverwarring bestaat (H., L. en J. MAZEAUD, I, (1965), nr. 216, blz. 269).

Wanneer men vooropstelt dat de schade zeker moet zijn, dan wil men hierdoor

loutere gebeurlijkheden uitsluiten (*vgl.* Rb. Brugge, 21 okt. 1952, *J.T.*, 1953, 106, met noot VOSKRESSENSKY).

In dit verband maakt de Italiaanse *Corte di cassazione* ook het onderscheid tussen aan de ene kant *un aspettativa concreta,* en aan de andere kant *una semplice eventualità di ipotetica realizzatione* (Cass.it., 12 juni 1953, *Guistiza Civile,* 1953, 1995).

In tegenstelling met de strafwet (b.v. valsheid in geschrifte, art. 193 Sw.) of met bijzondere wetten (b.v. onrechtmatige mededinging, K.B. nr. 55 van 23 dec. 1934), volstaat in principe de mogelijkheid van schade niet (zie echter betreffende het vraagstuk van de dreigende schade verder, nr. 119 e.v.).

Alle bestanddelen van artikel 1382 B.W. moeten immers samen en zeker verwezenlijkt zijn.

In de toepassingen van dit principe echter ontstaat de verwarring, zelfs bij uitmuntende auteurs als DE PAGE, doordat aan het begrip zekerheid een verkeerde inhoud toegeschreven wordt (DE PAGE, II, 1964, nr. 1020).

93 De zekerheid die het bestaan van de schade moet vertonen, is niets anders dan ernstige waarschijnlijkheid dat de benadeelde zich bevindt in een nadeliger toestand dan die waarin hij zich zou bevinden, was de onrechtmatige daad niet verricht (*vgl.* MAZEAUD, I, nr. 216). Deze waarschijnlijkheid wordt, althans *prima facie* volgens de gewone gang van zaken vastgesteld. Uitgesloten zijn echter alle gevallen, waar het aangevoerde nadeel niets anders is dan een loutere gebeurlijkheid, of een vrees voor mogelijke, hypothetische schade (zie b.v. Brussel, 20 maart 1959, *R.Crit.J.B.*, 1961, 314).

De uitspraak zal vaak bepaald worden door een zeer persoonlijke beoordeling van de concrete toedracht der zaak. Enkele toepassingsgevallen kunnen hier aangehaald worden.

Zo wordt voldoende waaschijnlijk geacht dat een feitelijk gescheiden echtgenote, in geval van nood, alimentatiegeld van haar echtgenoot — het overleden slachtoffer — zou gevorderd en bekomen hebben. Het verlies van deze mogelijkheid is schade (Cass., 2 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1085; Brussel, 30 sept. 1960, *J.T.*, 1960, *J.T.*, 1961, 24). Het wordt ook als voldoende waarschijnlijk aangenomen dat de namaking van tekeningen en modellen een vermindering van de verkoop van het nagemaakte weefsel heeft veroorzaakt (Gent, 14 maart 1961, *R.W.*, 1961-62, 1260).

Daarentegen is onvoldoende zeker dat de bij testament aan een zijverwant gemaakte nalatenschap of de aan de kinderen vroegtijdig toegevallen erfenis tijdens de verdere vermoedelijke levensduur van het overleden slachtoffer nog zou vermeerderd zijn (Rb. Huy, 8 april 1963, *J.T.*, 1963, 373; Brussel, 10 febr. 1960, *R.W.*, 1960-61, 1573; *R.G.A.R.*, 1961, 6769). Onvoldoende zeker ook is de beweerde schade geleden ten gevolge van een verplichte vroegtijdige verkoop van aandelen van het overleden slachtoffer wiens kinderen het zaakvoerderschap van hun vader niet konden verderzetten (Luik, 29 febr. 1972, *J. Liège,* 1971-72, 241).

Ook moest de rechtspraak herhaaldelijk de vraag beantwoorden of er al dan niet zekere schade geleden werd door de N.M.B.S. ten gevolge van de onrechtmatige daad bestaande in het ongeoorloofd personenvervoer. Ontkennende antwoorden werden telkens verbroken omdat de rechter nagelaten had de waarschijnlijkheid te weerleggen van het feit dat minstens een deel van de reizigers, bij ontstentenis van de ongeoorloofde autobusdienst, hun reis per trein zouden ondernomen hebben (Cass., 6 febr. 1961, *Pas.*, 1961, I, 608; *R.W.*, 1961-62; 875; Cass., 17 april 1961, *Pas.*, 1961, I, 882; Cass., 26 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1174; *R.G.A.R.*, 1962, 6893; *J.T.*, 1962, 59 met noot DALCQ; Cass., 9 en 23 okt. 1961, *Pas.*, 1962, I, 162 en 206; Cass., 15 okt. 1962, *Pas.*, 1963, I, 195; Cass., 11 mei 1964, *Pas.*, 1964, I, 966).

De bevestigende uitspraken steunen op deze waarschijnlijkheid (Corr. Ieper, 16 juni 1960, *R.W.*, 1960-61, 1204; Kh. Antwerpen, 24 febr. 1961, *R.W.*, 1960-61, 1920; Corr. Turnhout, 28 maart 1961, *R.W.*, 1961-62, 682).

Tot dezelfde problematiek behoort de vraag of de beroepsvereniging der architecten materiële schade leidt

door de onwettelijke handelingen van een geschorste architect. Deze vraag werd bevestigend beantwoord: de schade bestaat erin een reële, zekere en bestaande kans te hebben verloren dat de klanten of een deel daarvan, zonder die handelingen, zich ten minste gedeeltelijk tot de architecten aangesloten bij de beroepsvereniging zouden gewend hebben (Cass., 12 sept. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 42; *Pas.*, 1973, I, 47; Brussel, 8 mei 1973, *R.W.*, 1974-75, 122).

Aangezien de schade later kan ontstaan dan het ogenblik waarop de onrechtmatige daad verricht werd, en vatbaar is voor ontwikkeling in de duur, zal de zekerheid van de schade in haar verschillende bestanddelen moeten beoordeeld worden naar het tijdstip van de einduitspraak waarin de schadeloosstelling begroot wordt (zie verder, nr. 366 e.v.).

§ 2. Toekomstige zekere schade

A. REDELIJKE VERWACHTING

1. Begrip

94 Nopens de zekerheid van de schade ontstaan de moeilijkheden vooral wanneer naar de toekomst moet gepeild worden. Op het eerste gezicht zou de toekomstige — d.i. de niet actuele — schade als onzeker voor alle herstel kunnen uitgesloten worden. Wanneer men echter dieper op de werkelijkheid ingaat, en daarbij het schadebegrip als uitslag van een vermogensvergelijking goed voor ogen houdt (zie boven, nr. 22), dan kan de toekomstige schade van aard zijn om, volgens de gewone gang van zaken, als voldoende zeker erkend te worden.

Al te gemakkelijk wordt dit uitgedrukt als zou de schade niet alleen zeker, maar ook actueel, d.w.z. verwezenlijkt moeten zijn. Door enkele auteurs en in de motieven van een gedeelte der rechtspraak worden de woorden certain et actuel als een geijkte formule, al dan niet verantwoord, samen gebezigd (DE PAGE, II, 1964, nr. 1020, 2°; LALOU, nr. 137, blz. 87; JOSSERAND, II, nr. 439, blz. 274; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 204 en 205; Gent, 16 mei 1923, *Pas.*, 1923, II, 196; Luik, 4 juli 1952, *R.G.A.R.*, 1952, 5041; Brussel, 13 juni 1959, *J.Port Anv.*, 1962, 105; Brussel, 30 sept. 1960, *R.G.A.R.*, 1961, 6668; Corr. Brussel, 10 maart 1964, *R.G.A.R.*, 1964, 7331; zie ook de Franse rechtsleer en rechtspraak aangehaald door MAZEAUD/TUNC, I, nr. 216 en 218; Cass.fr.civ., 24 maart 1953, *Rec.Dall.*, 1953, J., 336).

Niets laat toe, aan het noodzakelijk bestanddeel van zekerheid het overbodige bestanddeel van actualiteit toe te voegen.

Deze ongegronde toevoeging tast de rechtsregel in zijn draagwijdte aan (DALCQ, II, nr. 2816 e.v.; DABIN/LAGASSE, *Examen de jurisprudence*, 1959-1963, *R.Crit.J.B.*, 1964, blz. 306, nr. 85; RODIÈRE, nr. 1507, blz. 217; *vgl.* J. FONTEYNE, noot onder Luik, 4 juli 1952, *R.G.A.R.*, 1952, 5041).

De verwarring spruit blijkbaar voort uit een verkeerd aanwenden van het principe, waardoor de rechtsvordering in het algemeen beheerst wordt. Voor de rechtsvordering is inderdaad vereist een „reeds verkregen en dadelijk belang" (un intérêt né et actuel) (art. 18 Ger.W.), hetgeen derhalve, behoudens het vermijden van de schending van een ernstig bedreigd recht, de zogenaamde actio ad futurum ter bescherming van een hypothetisch toekomstig belang, uitsluit (GLASSON/TISSIER/MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, derde druk,

I, nr. 182; SOLUS/PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, nr. 229 e.v.; CORNU/FOYER, *Procédure civile*, blz. 301; CATALA/TERRÉ, *Procédure civile et voies d'execution*, blz. 145; VAN REEPINGHEN, *L'action préventive en droit belge*, *R.Int.Dr.Comp.*, 1958, 180; *Id.*, *Verslag*, blz. 24; *Gedr.St.*, *Senaat*, zitting 1964-65, nr. 170, verslag DE BAECK, blz. 25 e.v.).

Een actueel — of dadelijk — belang wil echter niet zeggen een actuele schade, d.i., een reeds verwezenlijkte of een reeds volledig verwezenlijkte schade. Men ziet onmiddellijk in dat er een onbetwistbaar actueel belang bestaat om de schade waarvan verwezenlijking in de toekomst zeker is, te doen vaststellen en vergoeden.

Het belang tot de rechtsvordering alleen, doch niet de schade, moet actueel zijn (*vgl. Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Actions*, nr. 39 e.v.).

95 De oplossing werd duidelijk geformuleerd door het Hof van Cassatie.

Indien de in art. 92 G.W. aan de rechter toevertrouwde opdracht niet behelst dat deze een consult zou geven nopens mogelijke toekomstige geschillen, dan is integendeel een eis ontvankelijk zodra er een geschil voorhanden is dat onmiddellijk, met voldoende waarschijnlijkheid en ernst, de bedreiging van een recht of de verwezenlijking van schade in het vooruitzicht stelt (Cass., 12 juni 1919, *Pas.*, 1919, I, 155, met de conclusie van P. LECLERCQ).

Toekomstige schade komt voor herstel in aanmerking mits haar toekomstige verwezenlijking zeker zal voortvloeien uit een actuele toestand (Cass., 24 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 690; Cass., 8 jan. 1974, *Pas.*, 1974, I, 474; *Arr.Cass.*, 1974, blz. 506; *anders:* Brussel, 26 april 1972, *Verz.*, 1973, 913, vernietigd door Cass., 18 dec. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 396).

M.a.w. niet de schade, maar de zekerheid van haar ontstaan moet actueel zijn.

Blijft dan uitgesloten de aangevoerde schade waarvan het ontstaan in de toekomst nog louter hypothetisch blijkt (LAURENT, XX, nr. 521, blz. 569; MAZEAUD/TUNC, I, 1965, nr. 216, blz. 268; PLANIOL/RIPERT/ESMEIN, tweede druk, nr. 543 e.v.; MARTY, noot in *Rec. Sirey*, 1931, I, 148; MARTY/RAYNAUD, II, nr. 377; SAVATIER, II, tweede druk, nr. 523; Cass.fr.civ., 10 juni 1958, *Gaz.Pal.*, 1958, 2, 93; Cass.fr.crim., 28 nov. 1973, *Gaz.Pal.*, 1964, 1, 216; WOLFSBERGEN, *Onrechtmatige daad*, blz. 196; DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 52; Cass., 28 okt. 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; Kh. Brussel, 7 okt. 1937, *R.G.A.R.*, 1938, 2744; Luik, 12 dec. 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5715; Brussel, 10 febr. 1960, *R.G.A.R.*, 1961, 6769; *R.W.*, 1960-61, 1573; Brussel, 15 jan. 1971, *R.G.A.R.*, 1971, 8642; Corr. Mons, 22 okt. 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9444.

Ook in bijzondere herstelwetten wordt de toekomstige schade erkend en hersteld met uitsluiting van louter gebeurlijke schade.

Dit is o.m. het geval ter zake van oorlogsschade (zie hierover VAN HOUTTE/MASOIN/RONSE, *De herstelling van de oorlogsschade aan private goederen*, blz. 97; VRANCKX, *Het herstel der stoffelijke oorlogsschade*, blz. 110), van onteigening (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Expropriation pour cause d'utilité publique*, nr. 567).

In tegenstelling met de toepassing van artikel 1382 B.W. huldigde de Raad van State als principe dat een verzoek om advies tot herstel van overheidsschade, op grond van artikel 7 der Wet van 23 december 1946, voorbarig, en derhalve onontvankelijk is, wanneer de aangevoerde schade toekomstig is, zelfs al kan de

schadelijke bestuursdaad redelijkerwijze voorzien worden (R.v.St., Advies, nr. 263, 21 febr. 1950, *R.W.*, 1949-50, 1375; *Pas.*, 1950, IV, 87; *T.Best.*, 1950, 181). Hier komt evenwel een ander bestanddeel tussen. Het gaat er bij onderstelling over rechtmatig veroorzaakte schade. Door op voorhand een vergoeding toe te kennen zou men de rechtmatige handeling in het gedrang brengen.

Heel anders wordt de toekomstige onrechtmatige overheidsschade bejegend: deze wordt hersteld (zie hierover DOR, noot, *R.Crit.J.B.*, 1949, 317 e.v.).

De uitspraak zal dikwijls, met inachtneming van de regels over de bewijslast, door het persoonlijk inzicht van de rechter over de zeer concrete omstandigheden bepaald worden.

Terecht werd opgemerkt:

„La distinction entre le préjudice simplement éventuel et le préjudice futur est une question de degré plutôt que de nature.

Lorsqu'un préjudice est encore éventuel, hypothétique, il se traduit souvent dans l'immédiat sous la forme d'une menace ou d'une dépréciation. En attendant qu'on sache si la menace se réalisera, il existe une chance, souvent appréciable en argent, et, par conséquent monnayable en dommages-intérêts, de réalisation du mal. Inversement, il est rare qu'un dommage futur mais certain, puisse être exactement connu d'avance. L'ampleur en reste éventuelle, bien que le principe en soit certain.

C'est la raison pour laquelle des arrêts, qui semblent indemniser les victimes éventuelles de préjudices hypothétiques, et qui ont de ce fait troublé certains auteurs, nécessitent un examen quelque peu minutieux" (J.M. VERDIER, *Les Droits éventuels*, Parijs (1955), nr. 106, blz. 86 e.v.).

Als typisch voorbeeld kan gelden de schade die mogelijk kan ontstaan door de schuld van een notaris, die de nietigheid van een hypotheek ten gevolge had.

Deze schuld kan een onmiddellijke waardevermindering van de schuldvordering veroorzaken, door het verlies van de verwachte zekerheid. Toch kan de schuldenaar op de vervaldag betalen, zodat de schuldeiser niet benadeeld is (zie hierover SAVATIER, II, nr. 829, blz. 449 e.v.).

96 Het verband tussen rechtskrenking en zekerheid van de schade werd reeds besproken (zie boven, nr. 26 e.v.).

Bij ontstentenis van rechtskrenking zullen de concrete omstandigheden moeten nagegaan worden, ten einde te kunnen vaststellen of de uitkeringen door het overleden slachtoffer aan de eiser, van zodanige aard waren dat — rekening houdend met de duur tijdens welke zij nog, naar redelijke verwachting, zouden voortgeduurd hebben — alleen zijn dood hieraan een vroeger einde zou stellen (Cass., 18 dec. 1972, *Pas.*, 1973, I, 381; *Arr.Cass.*, 1973, 396; *Verz.*, 1973, 913 met noot R.B.).

97 Het onderscheid tussen bestaan en omvang van de schade (zie boven, nr. 76 e.v.) moet gemaakt worden om elke verwarring tussen de begrippen schadezekerheid en schadebegroting te vermijden.

Toekomstige schade kan immers op twee verschillende wijzen zeker zijn: vooreerst waar het zeker is dat de schade in de toekomst zal ontstaan; vervolgens, waar reeds de schade voorhanden is, en deze in de toekomst zal vergroten of voltooid worden.

Het toekomstige zal dikwijls slechts de omvang van de overigens in haar bestaan actuele schade betreffen.

Dit zal b.v. het geval zijn waar het er om gaat, bij de begroting van de schade uit arbeidsongeschiktheid, al dan niet rekening te houden met de toekomstige bevorderingen of weddeverhogingen (zie verder, nr. 110 e.v.).

De toekomstige omvang van de schade zal ook — zoals het toekomstig ontstaan van de schade — erkend worden op grond van het criterium van overeenstemming met de gewone gang van zaken.

De toekomstige omvang van de schade is zeker, wanneer zij de normale uitslag, ontwikkeling, vervolg, herhaling of voltooiing is van een actueel zekere toestand (Cass., 29 mei 1959, *R.W.*, 1960-61, 1970, *Pas.*, 1959, I, 993; Cass., 12 okt. 1962, *Pas.*, 1963, I, 192; Cass., 20 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 148; Cass., 28 okt. 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; Cass., 17 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 178; Kh. Brussel, 7 okt. 1937, *R.G.A.R.*, 1938, 2744; Corr. Kortrijk, 18 dec. 1933, *R.G.A.R.*, 1934, 1658).

De moeilijkheid om de omvang van toekomstige schade te begroten leidt wel eens tot afwijzen van de eis door te stellen dat het bestaan zelf van de schade hypothetisch is (SCHUERMANS, *Overzicht van Rechtspraak, T.P.R.*, 1969, blz. 78, nr. 6). Indien elementen voor een nauwkeurige begroting ontbreken, zal de rechter de omvang van de toekomstige schade *ex aequo et bono* moeten ramen (Cass., 8 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 696; Cass., 15 maart 1971, *Pas.*, 1971, I, 649; *Arr.Cass.*, 1971, 675; Brussel, 2 nov. 1972, *R.G.A.R.*, 1973, 9080 met noot; Gent, 14 maart 1961, *R.W.*., 1961-62, 1260).

In geen geval mag de rechter zijn twijfel nopens de oorzakelijkheidsband tussen de onrechtmatige daad en de moeilijk te bepalen toekomstige schade uit de weg gaan door de omvang ervan te begroten naar verhouding van de mindere of meerdere waarschijnlijkheid waarmee de onrechtmatige daad de schade zou kunnen veroorzaakt hebben (R. SAVATIER, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? Rec.Dall.*, 1970, *Chr.*, blz. 123).

98 Ook werd er wel eens voorgesteld dat het herstel van de toekomstige schade, waarvan het ontstaan zeker is, maar niet de omvang, best zou uitgesteld worden totdat de schade verwezenlijkt is en zodoende vatbaar is voor meer nauwkeurige begroting (SAVATIER, II, tweede druk, nr. 523; MAZEAUD/TUNC, I, 1965, nr. 217, blz. 270 e.v.; PLANIOL/RIPERT/ESMEIN, tweede druk, nr. 544).

Er werd zelfs voorgehouden dat toekomstige schade pas dan voor onmiddellijk herstel vatbaar is wanneer zij van meet af aan kan begroot worden (Brussel, 30 juni 1959, *J.Port Anv.*, 1962, 105).

Deze formule is te absoluut. Zij miskent de regel volgens welke alle schade, hoe moeilijk zij ook te begroten valt, voor herstel vatbaar is, wanneer haar bestaan zeker vaststaat (zie boven, nr. 78).

De waardering dient hier evenzeer te geschieden volgens de gewone gang van zaken. Dit laatste begrip krijgt ten aanzien van de toekomstige schade nog een formulering: toekomstige schade dient vastgesteld en gewaardeerd te worden naar redelijke verwachting (Cass., 20 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1248; H.R., 19 nov. 1943, *N.J.*, 1944, nr. 21; H. DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 304).

Er mag reeds opgemerkt worden dat de onmiddellijke begroting van de toekomstige schade in menig geval op stevige gronden mogelijk zal zijn wanneer gegevens voorhanden zijn om de redelijke verwachting te becijferen, o.m. de gegevens van de statistiek en van de probabiliteitsberekening. Dit is b.v. het geval bij de begroting van inkomstenschade met aanwending van de levensduurtabellen (zie verder, nr. 885 e.v.).

99 Er moet dan ook een onderscheid gemaakt worden.

In een eerste reeks van schadegevallen is het ongetwijfeld beter de uitspraak omtrent

de omvang van de schade uit te stellen tot er zekerheid zal zijn, gebeurlijk na toekenning van een voorschot (*vgl.* het nieuw Ned. B.W. art. 6.1.9.10, lid 1).

Zo kende het Hof van Beroep te Luik na overlijden van de echtgenoot aan een weduwe lijdend aan sclerose een provisioneel kapitaal toe berekend over een periode van 10 jaar, dit is de vermoedelijke levensduur in de huidige stand van de wetenschap (Luik, 22 april 1964, *Bull.Ass.*, 1965, 512 met noot).

Ook de schade door het overlijden van de vader zal best na de geboorte van een reeds verwekt kind begroot worden: pas dan is er zekerheid dat het kind levend en leefbaar geboren is.

100 Anderzijds in een tweede reeks van toepassingsgevallen zal de toekomstige schade onmiddellijk kunnen hersteld worden, omdat niet alleen de verwezenlijking van de schade, maar ook haar omvang waarschijnlijk zijn.

Dit zal het geval zijn, o.m. waar rekening gehouden wordt ter begroting van de arbeidsongeschiktheid met de te verwachten bevorderingen en loonsverhogingen (zie verder, nr. 110 e.v.); de vergoedingen voor toekomstige kosten van kunstledematen (zie verder, nr. 1104); de bepaling van de duur waarvoor het inkomen van het gekwetste of gedode slachtoffer zal verloren zijn (zie verder, nr. 895 e.v.).

101 Als algemene regel zal een al te lang uitstel vermeden worden, en gebeurlijk tot een willekeurige begroting *ex aequo et bono* overgegaan worden, omdat, zoals DEMOGUE opmerkt, het streven naar vereenvoudiging en naar een onmiddellijke oplossing van het geschil de voorrang heeft op het streven naar een juist passend herstel (DEMOGUE, IV, nr. 391, blz. 32 en nr. 393, blz. 34 e.v.).

Ditzelfde criterium zal in het algemeen bepalend zijn om een kapitaal boven een rente te verkiezen ten einde de partijen definitief van elkander te helpen (zie verder, nr. 316).

Maar steeds dient, waar de definitieve begroting en toewijzing van schadeloosstelling voor een verwachte schade uitgesteld wordt, een provisionele toewijzing, uiteraard voor herziening vatbaar, in de vergoeding van de reeds bestaande schade uitgesproken te worden.

In hoever het slachtoffer ertoe gehouden kan worden om de redelijk te verwachten nadelige gevolgen van de onrechtmatige daad zelf te beperken, zal verder besproken worden (zie verder, nr. 460 e.v.).

2. *Toezicht van het Hof van Cassatie*

102 Het toezicht van het Hof van Cassatie betreffende het bewijs en de bewijslast van het bestaan der schade werd reeds besproken (zie boven, nr. 85 e.v.).

Dezelfde principes gelden ten aanzien van de vaststelling van de zekerheid, vermits bewijzen niets anders is dan overtuigen.

De vaststelling, dat toekomstige schade zeker is, wordt aan de soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter voorbehouden. Het toezicht van het Hof van Cassatie is dan ook beperkt tot de motivering en de beantwoording van de besluiten van eis en verweer (zie boven, nr. 88).

Het principe werd zeer duidelijk geformuleerd in het reeds aangehaalde arrest van 28 oktober 1942. Indien artikel 1382 e.v. B.W. de aansprakelijke slechts verplichten het

zeker door hem veroorzaakt nadeel te herstellen, volgt daaruit niet dat schade die nog niet verwezenlijkt is een onmiddellijke veroordeling niet zou kunnen rechtvaardigen, wanneer de verwezenlijking van het nadeel zich van meet af aan als zeker voordoet, omdat zij de normale ontwikkeling uitmaakt van een actueel nadeel dat in evolutie is en dat naar alle waarschijnlijkheid slechts voor zijn bedrag onzeker is, of dat, alhoewel het zich niet in de toekomst zou kunnen verwezenlijken, toch van nu af niettemin als de voortzetting en de herhaling van een wezenlijke schade moet gehouden worden. De zekerheid van deze schade wordt dan ook door de feitenrechter soeverein vastgesteld (Cass., 28 okt. 1942, *Arr.Cass.*, 1942, 129; *Pas.*, 1942, I, 261; *R.G.A.R.*, 1947, 3993; Cass., 8 jan. 1974, *Pas.*, 1974, I, 474; *Arr.Cass.*, 1974, 506).

Een onvoldoende motief voor een veroordeling zou zijn, de erkenning in het vonnis, dat de schade twijfelachtig is. Immers, in geval van twijfel omtrent het bestaan van de schade, kan geen schadeloosstelling toegewezen worden (Cass., 31 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 223).

B. VERLOREN KANS

103 Tot het vraagstuk van de zekerheid van de schade behoort vervolgens de vraag, of een verloren kans, al dan niet als zekere schade in aanmerking kan genomen worden.

In menig opzicht is deze vraag niet wezenlijk van de vorige te onderscheiden.

Anders gezegd in de beoordeling van de schade ontstaan door het verlies van een kans, dient men zich in de praktijk dikwijls slechts af te vragen of de verwezenlijking ervan volgens de gewone gang van zaken zeker genoeg is, d.w.z. of men haar redelijk moet verwachten (R.O. DALCQ, *Comment prouver le caractère certain du dommage en cas de perte d'une chance?* noot, *J.T.*, 1962, 59; *Nov., Droit civil,* V-2, nr. 2837 e.v.; MAZEAUD/TUNC, I, zesde druk, nr. 219; Cass., 6 febr., 17 april, 8 mei, 20 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 608, 882, 965, 1148; Cass., 9 okt. 1961, *Pas.*, 1962, I, 162; 23 okt. 1961, *Pas.*, 1962, I, 206; Cass., 18 juni en 24 aug. 1962, *Pas.*, 1962, I, 1171 en 1251; Cass., 4 sept. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, blz. 1; Cass., 12 sept. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, blz. 47; *Pas.*, 1973, I, 43; Cass., 8 mei 1973, *R.W.*, 1974-75, 122).

De vraag betreffende de verloren kans is dan slechts een andere formulering van het vraagstuk van de toekomstige schade in het algemeen (Cass.fr.civ., 23 nov. 1971, D. 1972, *J.*, 225).

Soms wordt schadeloosstelling geweigerd omdat de mogelijkheid van schade ingevolge de verloren kans niet bewezen wordt (zie boven, nr. 2.3.).

Hierna wordt enkel gehandeld over de hypothese waar schade mogelijk kan ontstaan uit het verlies van de kans.

104.1 Het verlies van een kans doet ofwel onmiddellijk schade ontstaan **A** ofwel in de toekomst zeker of hypothetisch **B** (nr. 108). Indien de toekomstige schade zeker is

geeft zij recht op schadeloosstelling (nr. 95), indien zij hypothetisch blijft kan het verlies van de kans geen aanleiding zijn tot schadevergoeding.

104.2 A. Verlies van een kans, die onmiddellijk schade doet ontstaan

Twee typische gevallen kunnen hier behandeld worden:

Vooreerst, het mislukken van een rechtspleging door de nalatigheid van een advocaat, een notaris of een gerechtsdeurwaarder of door het onrechtmatig beroven van bewijsmiddelen (nr. 105).

Vervolgens, het klassiek geworden voorbeeld van het renpaard dat op onrechtmatige wijze verhinderd wordt aan een wedstrijd deel te nemen (nr. 106).

In deze beide toepassingsgevallen bestond er een kans om het proces of de paardrennen te winnen. Deze kans is nu verkeken. Het gevolg hiervan, de schade, is daardoor onmiddellijk in haar geheel ontstaan, zonder dat er in de toekomst nog verder schade zal uit voortvloeien.

105 Het mislukken van een rechtspleging door de nalatigheid van een advocaat, van een notaris of van een gerechtsdeurwaarder of zelfs van een zaakgelastigde of door het onrechtmatig beroven van bewijsmiddelen.

Er werd reeds vastgesteld dat in principe geen aanspraak ontstaat, wanneer blijkt dat de onrechtmatige daad geen schade veroorzaakt, maar onder voorbehoud van de kosten van de akte, luidens art. 866 Ger.W. (zie boven, nr. 2).

Verder zal onderzocht worden of deze inbreuk op het recht van de benadeelde niet noodzakelijk extrapatrimoniale schade veroorzaakt (zie verder, nr. 672).

Thans moet de vraag beantwoord worden of er schade en — zo ja — welke schade, door de nietige akte of door het nalaten van een tijdige of geldige rechtspleging of door verlies van bewijsmogelijkheden, veroorzaakt werd. M.a.w. op welke wijze de waarde van de verloren kansen dienen gewaardeerd te worden.

De rechter, voor wie een eis tot schadeloosstelling aanhangig gemaakt is, zal moeten onderzoeken welke de kansen op welslagen van een geldige of tijdige rechtspleging zouden geweest zijn, b.v. indien de akte van rechtspleging geldig geweest was of tijdig verricht was geweest (LALOU/AZARD, *Traité pratique de la responsabilité civile,* nr. 146; DEMOGUE, IV, nr. 385, blz. 26 e.v.; R. RODIÈRE, *La responsabilité civile,* nr. 1599; Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile,* tweede druk, 1976, nr. 415, blz. 153; R.O. DALCQ, *Nov., Droit civil,* V-2, nr. 2842; Gent, 6 mei 1959, *R.W.,* 1960-61, 183; Luik, 14 jan. 1965, *J. Liège,* 1964-65, 170; Gent, 26 febr. 1981, *R.W.,* 1982-83, 439 met noot A. VAN OEVELEN, alsook de aldaar geciteerde rechtspraak; Rb. Luik, 7 febr. 1963, *J. Liège,* 1963-64, 251; Rb. Brussel, 11 jan. 1974, *J.T.,* 1974, 732; Kh. Brussel, 6 sept. 1966, *R.G.A.R.,* 1966, 7749; Arbitrage, 6 april 1963, *Bull.Ass.,* 1965, 326; Cass.fr.civ., 29 april 1963, *Sem.J.,* 1963, 13226; Cass.fr.civ., 11 mei 1964, *Sem.J.,* 1964, 13708; Cass.fr.civ., 16 maart 1965, *Rec.Dall.,* 1965, J., 425 met noot CREMIEN; Cass.fr.civ., 2 jan. 1970, *Rec.Dall.,*

1970, *Somm.*, 12; Cass.fr.civ., 18 juli 1972, *Bull.Civ.*, 1972-I-188; Poitiers, 12 nov. 1969, *Gaz.Pal.*, 2 jan. 1970 met noot).

In een zeer zorgvuldig gemotiveerd vonnis, van de Rechtbank te Dendermonde, werd geoordeeld dat degene, die iemand berooft van een bewijsmiddel dat laatstgenoemde zou hebben kunnen aanwenden, ten einde zijn bevrijding te bewijzen, hem een kans ontneemt om aan de betaling te ontkomen.

Hierbij werd vastgesteld dat louter hypothetische hoop onvoldoende is, en dat er in elk geval een redelijke waarschijnlijkheid vereist is omtrent de uitslag van de verhinderde bewijsvoering. Daartoe moet, volgens de rechtbank, rekening gehouden worden met de waarschijnlijkheid van de feiten zelf, die het voorwerp zouden uitgemaakt hebben van de verhinderde bewijsvoering (Rb. Dendermonde, 20 jan. 1934, *Pas.*, 1934, III, 189).

Merk hierbij op dat de bewijslast niet steeds op dezelfde wijze zal bepaald worden, hij hangt af van de aard van het mislukte proces, en nl. van de rechtstoestand waarin de aanspraakmakende persoon zich toen bevond (zie boven, nr. 77 en 83).

Bovendien is de rechter, waar het over een gerechtelijk proces gaat, wegens zijn ambt zelf, een deskundige, en is hij derhalve in staat om vast te stellen of schade ontstaan is, en om de omvang daarvan, d.w.z. de ernst van de verloren kansen, te waarderen (MAZEAUD/TUNC, I, 1965, nr. 219, blz. 278; DRION (BLOEMBERGEN), *Onrechtmatige daad,* II, nr. 154).

In andere gevallen echter, kan eventueel een deskundig onderzoek bevolen worden.

In die zin werd beslist over de eis tot schadeloosstelling, ingesteld door een geteisterde tegen de architect, die, ondanks de door hem aanvaarde opdracht, nagelaten had de aangifte van oorlogsschade tijdig in te dienen.

Een deskundige werd aangesteld met opdracht de werkelijkheid van de schade na te gaan en te begroten, en met inachtneming van de wettelijke en reglementaire bepalingen ter zake, te berekenen welke herstelvergoeding voor oorlogsschade toegekend zou zijn, was de aangifte tijdig ingediend, en bovendien de modaliteiten van betaling daarvan te vermelden, om de schadeloosstelling te berekenen, verschuldigd door de nalatige architect (Rb. Gent, 3de kamer, 30 juni 1955, i.z. G. t./R., *onuitg.*).

De waardering zelf geschiedt *ex aequo et bono*. Geen andere waarderingswijze is denkbaar (vgl. A. VAN OEVELEN, *De professionele aansprakelijkheid van de advokaat en de gerechtsdeurwaarder bij de betekening van een dagvaarding,* noot onder Gent, 26 febr. 1981, *R.W.*, 1982-83, 446 e.v.). Ten onrechte zou de schadeloosstelling gewaardeerd worden op het bedrag dat in het oorspronkelijk geschil gevorderd werd of zou gevorderd worden.

Hiertegen kan niet aangevoerd worden dat dit er in vele gevallen zou op neerkomen dat de oplossing van het geschil, die bij onderstelling in kracht van gewijsde getreden is, opnieuw ter sprake zou gebracht worden (Brussel, 18 jan. 1947, *R.G.A.R.*, 1947, 4009: nalatigheid van een advocaat in een onteigeningsrechtspleging).

Het debat wordt immers niet meer tussen de oorspronkelijke partijen gevoerd, maar tussen één van hen en een derde, nl. de gerechtsdeurwaarder of de advocaat en heeft een gans andere oorzaak.

Dat in het oorspronkelijke geschil de fout van de mandataris, advocaat of gerechtsdeurwaarder, voor de procesvoerende partij geen overmacht uitmaakt wordt door het Hof van Cassatie duidelijk bevestigd

(Cass., 24 jan. 1974, *Pas.*, 1974, I, 553 met noot W.G.; SOLUS/PERROT, *Droit judiciaire privé*, 1961, I, blz. 423; Cass., 26 sept. 1975, *Pas.*, 1976, I, 117; Brussel, 5 juni 1973, *J.T.*, 1974, 213; Luik, 30 april 1975, *J.T.*, 1975, 551; Rb. Brussel, 22 febr. 1978, *R.W.*, 1978-79, 1370; *anders:* Brussel, 19 maart 1969, *J.T.*, 1969, 463; Brussel, 11 febr. 1970, *J.T.*, 1971, 76).

Waar door de nalatigheid van een advocaat of een gerechtsdeurwaarder, de rechtsvordering van de aanspraakmakende persoon zou verjaard zijn, belet deze verjaring evenmin dat, in het geding tussen de aanspraakmakende persoon en de nalatige advocaat of gerechtsdeurwaarder de feiten volledig opnieuw zouden onderzocht worden om na te gaan of, bijaldien de feiten die aan de vordering ten grondslag liggen niet verjaard waren, bewezen zijn.

Door de verjaring immers werd de rechtsvordering van de aanspraakmakende persoon uitgedoofd ten aanzien van diegene die het verjaarde feit verricht heeft. Maar die verjaring tast geenszins zijn burgerlijke rechtsvordering aan, waar deze gesteund is op de onrechtmatige daad van de advocaat of gerechtsdeurwaarder.

In Nederland, waar de rechtspraak nogal weigerachtig staat tegenover de waardering van de verloren kans (zie VAN DIEVOET, *Het burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940*, blz. 44) werd wel eens gevonnist dat de verloren kans in de rechtspleging in algemene regel op 50 % diende gewaardeerd te worden (Arrond. Utrecht, 28 okt. 1942, *N.J.*, 1943, 231).

Dergelijke willekeurige waardering kan echter niet verantwoord worden; dit procédé is al te simpel. De rechter zal wel degelijk tot het onderzoek moeten overgaan of de rechtspleging ja dan neen, was zij tijdig en geldig ingesteld, met succes zou bekroond zijn. Wat het bewijs daarvan betreft, is een absolute zekerheid niet vereist, wel een redelijke mate van zekerheid (DRION (BLOEMBERGEN), *Onrechtmatige daad*, II, nr. 154).

Er werd aldus, in een reeds besproken arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch, naar aanleiding van de nalatigheid van een advocaat geoordeeld dat deze moest bewijzen dat, na tijdig verzet, zijn cliënt toch veroordeeld geweest zou zijn (Hof te 's-Hertogenbosch, 8 jan. 1953, *N.J.*, 1953, nr. 665, besproken in verband met de bewijslast, boven, nr. 77).

106.1 Een ander toepassingsgeval van een verloren kans, die onmiddellijk schade doet ontstaan, biedt het klassiek geworden voorbeeld van het verongelukt renpaard, van de verloren reisduif of van de schilder, die door de schuld van een vervoerder niet tijdig zijn kunstwerken kan tentoonstellen en hierdoor de kans op een prijs verliest.

Wat het voorbeeld van het renpaard betreft kan een onderscheid gemaakt worden tussen de vordering van de eigenaar van het paard wegens de hem eigen schade en de vordering van een derde, die op het paard heeft gewed en zijn kansen op winst zag teloorgaan omdat het paard door de schuld van de dader aan de wedstrijd niet kon deelnemen.

Voor deze laatste zal vooraf de vraag naar de rechtmatigheid van zijn belang moeten beantwoord worden. Art. 1965 B.W. staat immers geen vordering toe voor een speelschuld of voor de betaling van een weddenschap. Art. 1966 B.W. laat hierop evenwel uitzonderingen toe, o.m. voor de wedlopen te paard, voor zover die geschikt zijn tot bevordering van de behendigheid en de geoefendheid van het lichaam, wanneer het bedrag niet buitensporig voorkomt. Deze uitzondering, die natuurlijk geldt voor de deelnemer en de eigenaar van de paarden, geldt nochtans ook wanneer de weddenschap van niet-deelnemers uitgaat (Cass., 11 juli 1957, *R.W.*, 1958-59, 1263; Ph. LE TOURNEAU, noot onder Cass.fr.civ., 4 mei 1972, *Rec.Dall.*, 1972, J., 596; *anders:* PLANIOL/RIPERT, II, nr. 1200 e.v.; A. BENABENT, noot onder Rb. Senlis, 19 mei 1970 en Parijs, 21 nov. 1970, *Sem.J.*, 1972, nr. 16990).

De feitenrechter oordeelt soeverein welke lichaamsoefeningen tot de ontwikkeling van de lichamelijke kracht van de mens bijdragen (Cass., 6 febr. 1896, *Pas.*, 1896, I, 85; Over het begrip buitensporig bedrag van de weddenschap zie: Brussel, 3 maart 1948, *R.Crit.J.B.*, 1949, 319 met noot P. DEMEUR).

Aangenomen nu, dat zelfs de derde-wedder van een rechtmatig belang doet blijken, dan is voor de rechter de vraag dezelfde in de beide vorderingen, deze van de eigenaar en deze van de derde-wedder; in welke mate mag de kans op het winnen van de prijs in aanmerking genomen worden.

Hierbij wordt uitgegaan van de hypothese dat er helemaal niet aan de wedstrijd werd deelgenomen door de schuld van de dader. Gans anders immers is de problematiek wanneer de kans op de prijs teloor gaat tijdens de wedstrijd zelf, b.v. door de schuld van de jockey: hier is er geen schade, doch uitwerking van het alea waarop precies de verwachtingen zijn gesteund (A. BENABENT, noot in *Sem.J.*, 1972, nr. 16990; Ph. LE TOURNEAU, noot in *Rec.Dall.*, 1972, J., 597; *anders:* Cass.fr.civ., 4 mei 1972, *Rec.Dall.*, 1972, J., 596).

Sommigen houden voor dat deze schade louter hypothetisch is en derhalve niet in aanmerking zou mogen genomen worden (DEMOGUE, IV, nr. 387 en de vermelde rechtspraak in MAZEAUD/TUNC, I, 1965, nr. 219, blz. 276, noot 7).

Daarentegen wordt terecht opgemerkt dat indien het niet zeker is dat de kans op de prijs zou verwezenlijkt zijn, het verlies van de kans zelf zeker is en derhalve schade betekent (MAZEAUD/TUNC, I, 1965, t.a.p.; N. LESOURD, *La perte d'une chance, Gaz.Pal.*, 1963, 2, 49; LALOU/AZARD, zesde druk, nr. 146; R.O. DALCQ, II, nr. 2837 e.v.).

Dit is de stelling van de handelsrechtbank te Brussel: ,,Qu'il est manifeste que le propriétaire d'un cheval de course est lésé lorsque, comme dans l'espèce, le cheval, qui antérieurement a obtenu certains succès, se trouve privé, non pas de participer à une course déterminée, mais est pendant un certain temps empêché de concourir d'une façon générale et est détourné, pour une période plus ou moins longue de son unique destination fructueuse; qu'en principe la demande de dommages-intérêts basée sur la privation du bénéfice espéré du chef de perte des prix à obtenir dans les courses est donc recevable'' (Kh. Brussel, 28 maart 1904, *Pand.Pér.*, 1904, nr. 752).

106.2 Op gelijkaardige wijze wordt de vraag behandeld betreffende het verlies van een reisduif (Rb. Brussel, 17 mei 1932, *Pas.*, 1933, III, 181; *anders:* Rb. Luik, 27 jan. 1912, *Pas.*, 1912, III, 111; R. GAILLY, *Etude de droit civil et de droit pénal sur les pigeons, R.Dr.b.*, 1937, 65).

Talrijke andere voorbeelden komen aldus voor in de rechtspraak, vooral in Frankrijk:

— verhindering van deelname aan een beeldhouwerswedstrijd (Lyon, 17 nov. 1958, *Gaz.Pal.*, 1959, I, 195).
— verhindering van deelname aan een schilderijententoonstelling (Rennes, 15 dec. 1961, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1964, 739 met noot RODIÈRE).
— verhinderen van optreden van een acteur, zodat beweerd werd dat hierdoor de opvoering van het stuk een flop werd (Cass.fr.civ., 14 nov. 1958, *Gaz.Pal.*, 1959, I, 31: oorzakelijkheidsverband niet bewezen, vele oorzaken dragen bij tot het oordeel van het publiek (zie boven, nr. 1.2.).
— het verlies van een kans op verzoening voor de echtgenoot ingevolge het overspel van zijn vrouw (Cass., 8 dec. 1972, *Pas.*, 1959, I, 354).

107 Om de omvang van deze schade te begroten, wat noodzakelijkerwijze *ex aequo et bono* zal moeten geschieden, zal doorgaans beroep op een deskundige moeten worden gedaan (MAZEAUD/TUNC, *t.a.p.*).

Zo gaat de handelsrechtbank van Brussel en het reeds aangehaalde vonnis na welke de wedrennen zijn waarin het paard zou medegedongen hebben, de prijzen die het voordien behaalde en de waarde van de prijzen, die door de mededingers werden behaald tijdens de onbeschikbaarheid van het paard in de wedrennen waaraan het zou deelgenomen hebben. Een deskundige werd aangesteld om de berekening te maken (Kh. Brussel, 28 maart 1904, *Pand.Pér.*, 1904, nr. 752 en Brussel, 16 nov. 1906, *Pand.Pér.*, 1907, nr. 349).

Bij de begroting van de schadeloosstelling wegens ontvreemding van zaken, die normaal bestemd waren om door de benadeelde verkocht of verhandeld te worden b.v. beurswaarden, zal voor vergoeding in aanmerking komen, het verlies van de kans die de benadeelde zou gehad hebben om de ontvreemde zaak op het geschikte ogenblik, aan een voor hem gunstige koers te verkopen (zie verder, nr. 405).

Meer algemeen kan gezegd worden dat de begroting van de schade ontstaan door het verlies zelf van een kans niet moeilijker is dan de begroting van de extrapatrimoniale schade (N. LESOURD, *La perte d'une chance, Gaz.Pal.*, 1963, 2, 49).

108 B. Moeilijker wordt het probleem wanneer het verlies van een kans in de toekomst schade doet ontstaan.

Drie toepassingsgevallen kunnen hierbij ontleed worden:

— het verlies van een kans op een betere betrekking hetzij, door het verlies van periodieke loonsverhogingen of door winstderving, hetzij door het verlies van toekomstige bevorderingen, hetzij door verlies van een studiejaar.
— het verlies van de kans op genezing ingevolge een foutieve geneeskundige behandeling.
— het verlies van de kans op het bekomen van levensonderhoud vanwege het slachtoffer van een onrechtmatige daad.

In deze gevallen kan de schade zich ook onmiddellijk voordoen, maar meestal zal zij ook verder in de toekomst blijven nawerken of kan zij eerst later ontstaan. Hier zal het onderscheid tussen zekere toekomstige schade en hypothetische schade zijn nut hebben.

109 Het verlies van een kans op een betere betrekking

De toepassingen kunnen op tweeërlei vlak gesitueerd worden:

— ofwel ontstaat er schade omdat de kans op de verhoopte betere betrekking, of verwachte promoties en loonsverhogingen verbeurd is.
— ofwel gaat de kans op een arbeidsplaats voorlopig (door verlies van een studiejaar) of definitief verloren.

Art. 1382 B.W. laat niet alleen toe, doch vereist dat de toekomstige schade waarvan de latere verwezenlijking van meet af aan, zeker is, volgens de gewone gang van zaken, als de normale ontwikkeling of voltooiing van een actuele schade voor herstel in aanmerking genomen wordt (zie verwijzingen boven, nr. 97).

De juridische zekerheid betekent in het schadevergoedingsproces niets anders dan feitelijke waarschijnlijkheid, d.w.z. waarschijnlijkheid volgens de normale gang van zaken, of, redelijke verwachting (zie boven, nr. 91 e.v.).

110 Wederom moet opgemerkt worden dat hypothetische schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. De rechtbanken zijn dan ook terecht voorzichtig en streng (Luik, 8 dec. 1982, *J.Liège*, 1983, 143; G. DURRY, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1967, 387 e.v.).

In vele gevallen zijn de hieronder besproken toepassingen, zoals MAZEAUD het uitdrukt, ,,pas toujours des châteaux en Espagne de Perrette et son pot au lait''. Dikwijls is toekomstige schade reëel (MAZEAUD/TUNC, zesde druk, 1965, nr. 219, blz. 277).

111 Inzake promoties en loonsverhogingen dient een onderscheid gemaakt te worden.

Er bestaat nagenoeg geen betwisting waar het gaat over toekomstige periodieke loonsverhogingen, die zonder bevordering in rang toegepast worden.

Wanneer het redelijk te verwachten is dat loons- of inkomstenvermeerdering binnen afzienbare tijd in de toekomst zou ingetreden zijn, was het ongeval niet gebeurd, dan dient zij onbetwistbaar in aanmerking genomen te worden (Cass., 8 jan. 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 506; *Pas.*, 1974, I, 475; Gent, 14 mei 1952, *Bull.Ass.*, 1953, 265; Brussel, 24 juni 1966, *R.G.A.R.*, 1967, 7784; Brussel, 29 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 819; Gent, 13 febr. 1979, zaak Dumoulin, e.a. t./ Meire en N.V. Josi, *onuitg.*; Corr. Oudenaarde, 4 maart 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4343 met noot J. FONTEYNE; Corr. Tongeren, 21 dec. 1955, *J. Liège*, 1955-56, 171; Krijgsraad Brussel, 24 mei 1966, *R.W.*, 1966-67, 815 met noot R. COCKX; H. DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 307 en 370).

112.1 De vraag moet gesteld worden of rekening moet gehouden worden met de toekomstige bevorderingen.

Volgens DE PAGE zou er, behoudens bijzondere omstandigheden, die hij echter niet bepaalt, geen rekening mogen gehouden worden met de bevorderingen waarop het slachtoffer mocht hopen, zelfs waar het over een beroep gaat, dat in dit opzicht onderworpen is aan vaste en nauwkeurige regels (DE PAGE, II, nr. 1020, 2°, b.).

In haar absolute formulering druist deze zienswijze in tegen de oplossing die aan het vraagstuk van de toekomstige schade en de verloren kans mocht gegeven worden, en is wellicht o.m. het gevolg van het door deze auteur vooropgestelde vereiste van actualiteit (zie boven, nr. 94 e.v.).

Tot staving van zijn stelling meent DE PAGE te mogen voorhouden: ,,Rien ne dit, en effet, que l'intéressé eût vécu suffisamment longtemps pour obtenir cette avancement, qu'il eût satisfait aux examens qui le conditionnent, ou qu'il n'eût pas quitté cette carrière pour courir ses chances — heureses ou malheureuses — ailleurs'' (DE PAGE, II, *t.a.p.*).

Toch heeft deze auteur in de laatste uitgave van zijn werken dit vroegere standpunt verlaten en stelt hij dat rekening dient gehouden te worden met de redelijk en normaal te verwachten bevorderingen (DE PAGE, II, 1964, nr. 1020, blz. 1064).

Een eerste hypothese is het geval van een loopbaan waarin de bevorderingen nagenoeg periodiek voorkomen, of althans, niet afhankelijk zijn van het welslagen in bijzondere examens. In dit geval is de vroegere redenering van DE PAGE niet moeilijk te weerleggen.

Het blijkt vooreerst dat de kansen van overleven hier noch meer noch minder waarschijnlijk zijn dan zij het zijn voor de berekening van de vergoeding over de vermoedelijke levensduur, gesteund op een niet-wisselend inkomen.

Het zou toch een zeer erg gemis aan logica zijn de vermoedelijke levensduur te aanvaarden tot vaststelling van de duur van de toekomstige inkomstenschade, en deze nadien te weren, waar het gaat over de bevorderingen die binnen dezelfde tijdspanne redelijk mochten verwacht worden.

Vervolgens blijkt de mogelijkheid om van beroep te veranderen, in de hypothese van een beroep met vaste criteria van bevordering, in elk geval minder waarschijnlijk dan de bevordering binnen dezelfde loopbaan.

In die zin oordeelde het Hof van Cassatie dat het arrest dat geen rekening houdt met de promotiekansen van het slachtoffer in zijn beroep en dus ook met de gevolgen van die promoties, waarvan het had kunnen genieten, art. 1382 B.W. schendt (Cass., 9 mei 1979, *Arr.Cass.*, op datum, *R.W.*, 1979-80, 2508; *vgl.* Brussel, 22 jan. 1964, *Bull.Ass.*, 1964, 701; Luik, 18 april 1965, *Bull.Ass.*, 1965, 969; Corr. Nijvel, 20 nov. 1962, *Bull.Ass.*, 1964, 923; Corr. Namen, 11 febr. 1965, *Bull.Ass.*, 1965, *Verz.* 1966, 507 met noot R. BEYENS; Corr. Luik, 15 dec. 1969, *Verz.* 1970, 45; zie ook DALCQ, *Traité*, II, nr. 3550; MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 219, blz. 277, noot 7; J. BORÉ, *L'indemnisation pour les chances perdues*, *Sem.J.*, 1974, II, 2620, nr. 3 en de aldaar geciteerde rechtspraak).

112.2 Een tweede hypothese is het geval waar de bevordering van het gebeurlijk welslagen in examens of van de vrije keuze van de bestuurlijke overheid afhankelijk is.

In het spoor van DE PAGE werd geoordeeld dat de toekomstige bevordering niet zeker genoeg was om in aanmerking genomen te worden, wanneer die bevordering afhangt van een geslaagd examen (Corr. Oudenaarde, 4 maart 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4343 met noot J. FONTEYNE) of afhangt van een examen en de vrije keuze van het bestuur (Luik, 29 maart 1939, *R.G.A.R.*, 1939, 3039).

Het moet echter als een feitenkwestie, in elk geval afzonderlijk *in concreto*, beoordeeld worden in hoeverre, volgens de gewone gang van zaken, de bevordering redelijk mocht verwacht worden.

Wanneer de bevordering derhalve al blijkt zij niet even automatisch als een loons- of weddeverhoging, evenwel rekening houdend met het *id quod plerumque fit*, als waarschijnlijk voorkomt, zal niet kunnen beweerd worden dat het verlies van de te verwachten bevordering gelijk staat met een loutere eventualiteit (Mil.Ger., 24 april 1975, *R.G.A.R.*, 1978, 9852; Rb. Brussel, 10 juli 1943, *R.G.A.R.*, 1946, 3876; Corr. Luik, 29 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1975, 9462; Corr. Brussel, 18 juni 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9610; Cass.fr., 24 febr. 1970, *Sem.J.*, 1970, II, 16456 met noot Ph. LE TOURNEAU).

Dit is b.v. het geval voor de bevordering van ambtenaren (Cass.fr., 9 juli 1954, *Rec.Dall.*, 1954, J., 627), rijkswachters, officieren (Brussel, 3 maart 1970, *R.W.*, 1970-71, 332; Mil.Ger., 24 april 1975, *R.G.A.R.*, 1978, 9852; Corr. Namen, 11 sept. 1965, *Bull.Ass.*, 1966, 507 met noot R. BEYENS), leraars (Rb. Brussel, 17 maart 1949, *R.G.A.R.*, 1950, 4707) en in grote mate ook voor bedienden (Rb. Brussel, 10 juli 1943, *Pas.*, 1944, III, 42; Corr. Mons, 22 okt. 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9444; Rb. Brussel, 28 april 1978, *Bull.Ass.*, 1976, 635), magistraten e.d.

M.a.w. in al deze gevallen dient de schade erkend en gewaardeerd te worden naar redelijke verwachting.

Ook de verkleinde kans om, ingeval van werkverandering een even lonende arbeid te

vinden, kan een bestanddeel van vergoedbare schade uitmaken (zie b.v. Luik, 22 dec. 1976, *R.G.A.R.*, 1978, 9894; zie ook Gent, 25 juni 1979, 4de kamer, in zaak Mareen t./ Rasschaert, *onuitg.*).

113 De vraag blijft dus van feitelijke aard, wat ook het door het slachtoffer uitgeoefend beroep is, en zij moet in concreto opgelost worden.

Het zal echter in die regel nuttig voorkomen het volgende onderscheid te maken:

a. ofwel hangt de bevordering af van een uiteraard onzekere gebeurtenis, zoals het welslagen in een examen, de willekeurige keuze van de overheid
b. ofwel is in de betrokken carrière — t.a.v. de feiten of van het recht — de bevordering zo waarschijnlijk, dat redelijkerwijze, het volledig loon of de volledige wedde, toekomende aan de hogere rang, in aanmerking zal genomen worden.

114 De gestrengheid van de rechtbanken komt duidelijk tot uiting wanneer het gaat over het verlies van een studiejaar.

Uit de arresten en vonnissen blijkt dat garanties van vroeger behaalde uitslagen en van een uitgesproken intellectuele begaafdheid als beoordelingscriteria doorslaggevend zijn.

Een typische illustratie daarvan biedt de volgende overweging: „S'agissant d'une étudiante qui avait déjà réussi les épreuves de première candidature en sciences psychologiques et qui, au moment de l'accident survenu à sa mère, s'était déjà présentée à toute une série d'épreuves de seconde candidature et qui fut diplômée candidate en sciences psychologiques un an après l'accident, on doit admettre qu'elle a perdu la chance de terminer ses études un an plus tôt" (Brussel, 2 dec. 1964, *R.G.A.R.*, 1965, 7436; zie verder, ook Mil.Ger., 29 okt. 1974, *R.G.A.R.*, 1977, 9758; Corr. Dinant, 10 okt. 1966, *R.G.A.R.*, 1968, 7960; Rb. Ieper, 7 dec. 1966, *Verz.*, 1967, 857; Corr. Gent, 27 jan. 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10.596; Cass.fr., 24 febr. 1970, *Sem.J.*, 1970, II, 16456 met noot Ph. LE TOURNEAU).

Geringe, of zelfs quasi-onbestaande waarborgen geven slechts aanleiding tot een eerder symbolische uitkering of zelfs tot het afwijzen van de vordering (Luik, 3 juni 1970, *R.G.A.R.*, 1970, 8516; Mil.Ger., 24 april 1975, *R.G.A.R.*, 1978, 9852; Corr. Dinant, 10 maart 1969, *R.G.A.R.*, 1969, 8268).

115 Het verlies van een kans op genezing ingevolge een foutieve medische behandeling.

De strenge lijn van rechtspraak en rechtsleer wordt nog strakker doorgetrokken dan in de hoger besproken toepassingen. Van groot belang zijn dan ook de problemen inzake bewijs die op het slachtoffer — of zijn rechthebbenden — rusten (zie H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, 1974, nr. 17, blz. 39 e.v.; R. SAVATIER, *Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin*, *Rec.Dall.*, 1967, *Chr.*, 37, nr. 67).

SAVATIER merkt terecht op dat het probleem erin bestaat te weten of het slachtoffer de opgelopen schade zou ondervonden hebben, indien er in de behandeling geen fout was begaan. De medische fout is vreemd aan de schade, indien de dood of de invaliditeit zich toch, ondanks de afwezigheid van fout, had voltrokken.

Het gaat hier, aldus SAVATIER, eerder over een voorbije gebeurtenis, waarvan de oorzaak onzeker is, dan over een kans op genezing (SAVATIER, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? Rec.Dall.*, 1970, *Chr.*, 27, 124).

Wordt het bewijs geleverd dat er ernstige kansen op genezing waren indien de juiste zorgen waren toegediend, dan moet het verlies ervan aanleiding geven tot schadevergoeding (Cass., 24 nov. 1974, *R.G.A.R.*, 1976, 9659 met noot R.O. DALCQ; Brussel, 12 febr. 1957, *Pas.*, 1958, II, 3; Rb. Kortrijk, 23 juni 1960, *R.W.*, 1961-62, 1812-1827; Ph. LE TOURNEAU, noot onder Cass.fr., 24 febr. 1970, *Sem.J.*, 1970, II, 16456; R. SAVATIER, noot onder Cass., 14 jan. 1965 en Parijs, 10 maart 1966, *Sem.J.*, 1966, II, 14753).

Voor een meer uitgebreide bespreking van de medische aansprakelijkheid: zie o.m. RYCKMANS en MEERT, *Les droits et les obligations des médecins*, I, Brussel, 1971; J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité civile*, Parijs, 1973; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, 1974).

116.1 Het verlies van de kans op het bekomen van levensonderhoud vanwege het slachtoffer na een onrechtmatige daad.

Bij overlijden van een minderjarig kind, dat aan zijn ouders zijn loon afstond, kan de schade van ouders begrepen worden, als het verlies van de kans dat hun kind, eens meerderjarig geworden, afstand zou gedaan hebben van het recht bepaald door art. 387 B.W. (*vgl.* Cass., 26 sept. 1949, *Pas.*, 1950, I, 19; *R.G.A.R.*, 1950, 4639; Mil.Ger., 27 dec. 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 9994; zie hierover verder, nr. 986 e.v.).

In overeenstemming met de gewone gang van zaken mag vermoed worden dat het minderjarige of meerderjarige kind, dat bij z'n ouders inwoont en hun zijn loon geheel of gedeeltelijk afstond, hiermee zou doorgegaan zijn tot de datum waarop het naar redelijke verwachting — *in concreto*, naargelang de omstandigheden, leeftijd, rang en stand te beoordelen — in het huwelijk zou getreden zijn (Mil.Ger., 30 maart 1977, *R.G.A.R.*, 1978, 9938; Gent, 21 mei 1951, *R.W.*, 1951-52, 1070; Corr. Luik, 15 jan. 1947, *R.G.A.R.*, 1948, 4221 en 4185; PIRSON/DE VILLÉ, nr. 205, blz. 497; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1836; MAZEAUD/TUNC, 1965, I, nr. 277, blz. 362 e.v.).

116.2 Bij overlijden van een mogelijke toekomstige schuldenaar van levensonderhoud doet het geval zich heel anders voor.

Hier is immers geen feitelijke afstand van inkomsten, die naar redelijke verwachting verder mocht verhoopt worden. Integendeel, hier gaat het om het verlies van een loutere kans.

Indien de aanspraakmakende persoon in de toekomst onderhoudsbehoeftig wordt, dan heeft hij een mogelijke schuldenaar van dit levensonderhoud verloren.

Het verlies van een dergelijke schuldenaar zal slechts dan als verloren kans in aanmerking komen, wanneer naar redelijke verwachting — *in concreto* te beoordelen — als waarschijnlijk voorkomt dat dit levensonderhoud in de toekomst zou verschuldigd en verschaft zijn, was het ongeval niet gebeurd (zie b.v. Cass., 2 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1085; Cass., 4 maart 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 753, *Pas.*, 1975,

I, 682; Gent, 9 mei 1955, *R.W.*, 1955-56, 1087; Antwerpen, 23 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10012; Gent, 9 febr. 1979, 10de kamer, zaak De Brabander en L.C.M. t/ Bollaert en Verolleman, *onuitg.*; zie verder, nr. 989).

Een schadevergoeding werd ook toegekend aan de invalide, werkonbekwame broer van het slachtoffer, omdat de kans op hulp, door diens dood, verloren was gegaan (Brussel, 18 jan. 1970, *J.T.*, 1970, 394).

117 Een laatste voorbeeld mag dit onderzoek besluiten.

Actuele schade is niet vereist; het volstaat dat, naar redelijke verwachting, de toekomstige schade van meet af aan vaststaat.

Aldus heeft het geen zin te beweren dat een zeer jong kind geen extrapatrimoniale schade zou lijden door het overlijden van zijn vader, in tegenstelling met zijn oudere broers en zusters.

Zijn morele schade, in de strenge zin van het woord, al is zij toekomstig is zeer ernstig en zwaar en derhalve voor vergoeding vatbaar (zie verder, nr. 651 en 970).

118 SAMENVATTING. Gerechtelijke zekerheid is niets anders dan hoge waarschijnlijkheid, in overeenstemming met de gewone gang van zaken, zodat de rechter niet ernstig meer aan het tegendeel moet denken, ook al blijft dit theoretisch denkbaar.

Het bestaan van de schade is derhalve zeker, wanneer het hoogst waarschijnlijk voorkomt dat de toestand waarin de benadeelde zich bevindt slechter is dan die, waarin hij zou gebleven zijn was de onrechtmatige daad niet verricht.

Loutere mogelijkheid van schade is onvoldoende.

Aan de andere kant is niet vereist dat de schade reeds verwezenlijkt is.

Ongeacht de moeilijkheden tot begroting van de omvang, moet toekomstige schade vergoed worden zodra haar toekomstige verwezenlijking vaststaat als een redelijk te verwachten ontwikkeling, vervolg, herhaling of voltooiing van een actueel zekere toestand.

Ook het verlies van een ernstige kans kan schade zijn, en als dusdanig voor herstel in aanmerking komen.

§ 3. Vordering tot het afwenden van dreigende schade

119 Tot nog toe werden de gevallen behandeld waar de toekomstige, maar, volgens de gewone gang van zaken, zekere verwezenlijking van schade kan aanvaard worden en de omvang daarvan, zij het bij benadering naar redelijke verwachting gewaardeerd wordt (zie boven, nr. 94 e.v.).

Loutere, hypothetische schade werd hierbij uitgesloten.

Tussen loutere vrees voor mogelijke schade aan de ene kant, en de toekomstige zekere schade of de verloren kans aan de andere kant, bestaat vanzelfsprekend geen volstrekt scherp afgetekende grens, vermits het bepalende criterium niets anders was dan de waarschijnlijkheid, waarmee de toekomstige verwezenlijking van de schade mag verwacht worden. Tenslotte is deze waarschijnlijkheid een louter feitelijke aangelegenheid, waarover de feitenrechter op soevereine, en dus enigszins willekeurige wijze oordeelt (zie boven, nr. 95).

Er zijn echter gevallen waarin aan de ene kant een ernstige bedreiging van

mogelijke schade bestaat, terwijl niets toelaat haar verwezenlijking redelijk te verwachten, maar waar aan de andere kant actuele mogelijkheid aanwezig is om dreigende schade zeker te voorkomen.

Kan de rechter hier tussenkomen, door maatregelen voor te schrijven die het gevaar op doeltreffende wijze zullen afwenden, of moet hij wachten tot het gevreesde onheil zich heeft voltrokken? Kan hij het stopzetten van een onrechtmatige handelwijze bevelen, ook wanneer daaruit geen schade is ontstaan en het niet vaststaat dat dit in de toekomst zou gebeuren?

Indien de muur op een naburige erf dreigt in te storten, of indien een mededinger iemand in zijn concurrentievermogen tracht aan te tasten door verwarring te scheppen tussen zijn bedrijf en het andere, kan de verwezenlijking van schade voorkomen worden en, zonder aan te voeren dat er reeds schade is, een maatregel gevorderd worden die de bedreiging zal afwenden?

Op het eerste gezicht schijnt het antwoord negatief te moeten zijn en moet de toepassing van art. 1382 B.W. uitgesloten worden omdat hier noch van schade, noch van schadeloosstelling zou kunnen gesproken worden.

120 Betreffende het tweede aspect van deze dubbele vraag zal bij het onderzoek omtrent de vorm van de schadeloosstelling kunnen vastgesteld worden dat de rechter het vermogen heeft om in specifieke vorm het best passend herstel te bevelen, rekening houdend met de aard van de schade en de rechtmatige belangen van de partijen, met voorrang aan het belang van het slachtoffer, behoudens het hoger principe van de persoonlijke vrijheid.

Men zal kunnen vaststellen dat de rechter, steeds met inachtneming van deze regels, een verbod of bevel mag uitvaardigen. Waar de rechter immers schade mag doen vergoeden, mag hij ongetwijfeld een bevel of verbod uitspreken, dat ertoe strekt de te verwachten schade te voorkomen, door haar blijvende oorzaak weg te ruimen (zie verder, nr. 302 e.v.).

Het vraagstuk is hier beperkt tot de vraag of, t.a.v. het bestanddeel schade, een eis op grond van art. 1382 B.W. mogelijk is, tot het afwenden van gevaar of bedreiging van schade; m.a.w. of het voorkomen van schade mag nagestreefd worden.

121 Reeds voor het tot stand komen van het Gerechtelijk Wetboek belette geen enkele procesregel de zgn. *actio ad futurum*.

De rechtspraak aanvaardde dat de rechter uitspraak kon doen ,,op een onmiddellijke en dadelijke aanspraak waarbij gezegd wordt of waaruit vermoed kon worden, met voldoende waarschijnlijkheid en ernst, dat een recht gevaar loopt of een schade tot stand komt'' (Cass., 12 juni 1919, geciteerd door VAN REEPINGHEN, *Verslag*, I, blz. 43).

Bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek werd echter een positieve regeling voorzien in art. 18.

Dit artikel bepaalt: ,,Het belang moet een reeds verkregen en dadelijk belang zijn. De rechtsvordering kan worden toegelaten, indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen''.

Deze invoering betekende een innovatie, zonder dat men daarom van een geheel

nieuwe oriëntatie kan spreken (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 43).

Er werd reeds opgemerkt dat de eis niet *ad futurum* is, wanneer de eiser een werkelijk belang kan laten gelden om een, reeds tussen de partijen opgerezen betwisting, te beslechten (GARSONNET/CÉZAR-BRU, I, nr. 361, blz. 538; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Action*, nr. 45 e.v.; zie ook boven, nr. 104).

Ook mag het instellen van een dergelijke vordering niet verglijden naar een juridische consultatie van de rechter (Arbrb. Hoei, 14 febr. 1973, *J.Liège*, 1972-73, 215; *vgl.* VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 43 en 45; *vgl.* M. JEANTIN, *Les mesures d'instruction in futurum*, *Rec. Dall.*, 1980, *Chr.*, XXX, blz. 206 in voetnoot).

Het in art. 18, tweede lid, Ger.W. uitgewerkt beginsel geldt voor alle rechtsvorderingen van privaatrechtelijke aard.

Het begrip ,,reeds verkregen en dadelijk belang'' dient daarenboven nog te worden aangevuld door ,,een persoonlijk en rechtstreeks belang'' (Verslag DE BAECK, *Gedr.St.*, *Senaat*, nr. 170 (1964-65), blz. 26).

Want het is niet alleen zo dat de bedreiging ernstig en zwaar moet zijn (zie Brussel, 12 nov. 1975, *J.T.*, 1976, 117), ook de rechterlijke verklaring moet voor de aanlegger een concreet en welbepaald nut opleveren, en dus niet enkel een louter theoretische voldoening geven (SOLUS/PERROT, *Droit judiciaire privé*, dl. 1, 210-211, nr. 233; art. 17 Ger.W.).

122 In de werkelijke bedreiging van schade kunnen twee bestanddelen voorhanden zijn, nl. de vrees voor een mogelijke toekomstige schade, en bovendien een actueel nadeel door de genotsstoornis, nagenoeg het *iustus metus* van de Romeinen.

Indien b.v. een schouw van een naburig erf dreigend boven een binnenkoer overhelt, zal die koer onveilig zijn, zodat de bewoner er geen gebruik meer zal durven van maken.

M.a.w. bedreiging van mogelijke schade kan gepaard gaan met actuele schade (*vgl.* *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Action*, nr. 47; VAN REEPINGHEN, *Verslag*, 45).

Het hoeft geen betoog dat hiervoor de eis van meet af aan ontvankelijk is, vermits samen met de bedreiging van mogelijke grotere schade, een reeds bestaande schade gesteld is.

Wanneer dus tengevolge van een onrechtmatige daad de bedreiging van schade ernstig is, zal het actuele nadeel van een gegronde vrees vaststaan en de eis op grond van art. 1382 B.W. ontvankelijk zijn.

Dit actuele nadeel zal slechts ontbreken waar geen bedreiging is, maar dan is de eis echter ongegrond, bij gebrek aan een voorwaarde, gesteld door art. 18, tweede lid, Ger.W.

Waar de rechter een bevel of verbod kan verlenen om het voortzetten van de reeds aangerichte schade te doen ophouden (zie verder, nr. 302 e.v.), zo heeft hij ook het vermogen om haar te doen voorkomen, vooraleer zij enigszins verwezenlijkt is. Deze veroordeling is er een in specifieke vorm ten einde de reeds actuele schade

volledig te herstellen, die spruit uit de ernstige bedreiging, tengevolge van een onrechtmatige daad.

In het Gerechtelijk Wetboek zijn op verschillende plaatsen toepassingen te vinden van het algemene principe van art. 18, tweede lid, Ger.W. Zo laten de art. 584, vierde lid en 962 getuigenverhoor en deskundig onderzoek toe, van welke mogelijkheid de rechter een ruim gebruik mag maken (*vgl.* LURQUIN, *Précis de l'expertise du Code Judiciaire,* 1973, nr. 3, blz. 10-12; FETTWEIS, *Précis de droit judiciaire,* Tome 2, *La Compétence,* 1971, nr. 463 e.v., blz. 261 e.v.; P. ROUARD, *Droit judiciaire privé,* 1975, nr. 875, blz. 719; *A.P.R.*, Tw. *Deskundig Onderzoek,* 1975, nr. 98-99).

In feite is art. 1382 B.W. slechts de toepassing van een zeer algemene regel die verbiedt onrechtmatig schade aan te richten.

Indien de rechter, op grond daarvan, tot schadeloosstelling mag veroordelen, dan mag hij ongetwijfeld eveneens maatregelen bevelen om deze onderstelde voorafbestaande rechtsplicht na te leven. Schade verhoeden is beter dan schade vergoeden; voorkomen beter dan genezen (*vgl.* PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 545, blz. 749; *ibid.* nr. 611, blz. 832; VAN REEPINGHEN, *Verslag,* blz. 44).

Eveneens mag worden opgemerkt dat het vraagstuk in het recht van naburige landen nagenoeg niet bestaat.

In het Zwitserse recht b.v. bestaat de mogelijkheid op grond van art. 679 Z.G.B. ter gelegenheid van de regeling van het eigendomsrecht, en art. 590 R. met ruimere draagwijdte in het verbintenissenrecht, voor elke belanghebbende — b.v. een regelmatige voorbijganger, — en niet alleen degene die een voorafbestaand recht kan laten gelden, de ,,prophylaktische Schutz'' te vorderen (OFTINGER, § 27, I, A, c, blz. 399; OSER/SCHÖNENBERGER, V, A, ad art. 59, blz. 413 e.v.).

In Nederland wordt door de rechtspraak art. 1401 Ned. B.W. zonder meer zo ruim verklaard, dat het voldoende wettelijke grondslag aan de rechter verschaft om een verbod te verlenen om onrechtmatige handelingen verder te verrichten, ook al is daaruit nog geen schade ontstaan (zie b.v. RUTTEN, *Themis,* 1955, nr. 263; H. DRION, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 202 e.v., met de geciteerde rechtspraak).

HOOFDSTUK III

DE AANSPRAAKGERECHTIGDEN

AFDELING I

HET PRINCIPE

123 Artikel 1382 B.W. formuleert de rechtsnorm vanuit het standpunt van de aansprakelijkheid. ,,Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden''.

Dezelfde regel geformuleerd vanuit het standpunt van de aanspraak luidt: elke mens, die schade heeft geleden, veroorzaakt door de schuld van een ander, heeft tegen deze laatste recht op vergoeding van de veroorzaakte schade (Cass., 3 okt. 1955, *Pas.*, 1956, I, 79; *R.W.*, 1955-56, 1376; *J.T.*, 1956, 176; *vgl.* LAURENT, XX, nr. 528, blz. 572; AUBRY/RAU, vijfde druk, door BARTIN, VI, § 445, blz. 346; LALOU, nr. 200, blz. 134 e.v.).

Rekening houdend met de nadere omschrijving van het schadebegrip (zie boven, nr. 22 e.v.) en van de vereisten waaraan de schade moet beantwoorden om als dusdanig voor herstel in aanmerking te komen (zie boven, nr. 34 e.v.) kan gesteld worden dat al wie een rechtmatig belang had bij het niet verwezenlijken van de gevolgen van een onrechtmatige daad, beschikt, tegen de aansprakelijke of degene die voor hem instaan, over een rechtsvordering tot herstel van de zekere schade die hij persoonlijk geleden heeft, tengevolge van deze onrechtmatige daad.

Van deze algemene regel uit artikel 1382 B.W., werd toepassing gemaakt, ten aanzien van de strafvordering, in artikel 3 van de Wet van 17 april 1878 (voorafgaande titel Sv.): ,,De rechtsvordering tot herstel van de schade, door een misdrijf veroorzaakt, behoort aan hen die de schade hebben geleden''.

124 Indien hier een vraagstuk zou kunnen oprijzen, dan ontstond het wellicht uit de vaststelling dat ook in werkelijkheid een ongeluk nooit alleen komt. Wanneer belangrijke schade aangericht wordt, is dikwijls meer dan één persoon getroffen.

Een huis brandt af; niet alleen de eigenaar maar ook anderen die een zakelijk recht op het goed hadden, b.v. de vruchtgebruiker of de hypothecaire schuldeiser (zie ook art. 10 en 103 Hyp.W.), of degenen die in verband daarmede een persoonlijk recht konden laten gelden, b.v. de huurder, vragen schadeloosstelling.

Vooral na doding wordt dit scherp afgetekend. Daar zijn de weduwe en de kinderen, ofwel de verloofde; daar zijn de dichtere of verdere verwanten; zelfs vennoten of schuldeisers beweren schade geleden te hebben door het overlijden van het slachtoffer. En kunnen de kleermaker, of de herbergier van de buurt niet beweren dat zij schade leden door het verlies van een goede klant? Ook in geval van tijdelijke of blijvende werkonbekwaamheid ontstaan dergelijke mogelijkheden. Al deze vragen zullen verder uitvoerig behandeld worden (zie verder, nr. 939 e.v.).

Het vraagstuk wordt belangrijker, maar ook moeilijker waar schuldenaars van het slachtoffer beweren als aanspraakgerechtigden op te treden, nl. diegenen, voor wie het overlijden of de invaliditeit de aanleiding

werd tot uitkeringen te hunnen laste: de verzekeraar, die de schadevergoeding krachtens persoonlijke verzekeringsovereenkomst betaalde, of het kapitaal van een verzekering op het leven van het slachtoffer; de werkgever die de wedde aan het invalide slachtoffer voortbetaalt of een rente aan dit laatste of aan zijn nabestaanden.

Dit vraagstuk is moeilijker, maar ook van een andere aard, omdat een nieuw element tussenkomt, nl. de vraag, of de eerste aanspraakgerechtigden hun vordering jegens de aansprakelijke persoon, al dan niet behouden, samen met de uitkeringen voor de verzekeraar of de werkgever e.d.m. uitbetaald.

Wegens dit bijzonder bestanddeel, dat bepalend is voor de probleemstelling zelf en haar oplossing, zal het optreden van de schuldenaars van het slachtoffer heel afzonderlijk moeten behandeld worden (zie verder, nr. 1012 e.v.).

Uit de vaststelling dat de vorderingen wegens schade door terugkaatsing in de praktijk herhaald voorkomen, ontstond de vrees dat de aangesprokene zou blootgesteld zijn aan een samenloop van aanspraken, waardoor te langen laatste een al te grote last op hem zou wegen.

In de rechtsleer wordt gewag gemaakt van de samenloop van rechtsvorderingen waaraan de aangesprokene blootgesteld is, doordat enerzijds een onbeperkt aantal beweerde slachtoffers van de onrechtmatige daad kunnen aanvoeren dat zij ieder persoonlijk een schade hebben ondergaan, en doordat anderzijds, zoals reeds opgemerkt werd, volgens de regel van artikel 1382 B.W. de aansprakelijke gehouden is tegenover elke persoon de schade te vergoeden die hij bij hem aangericht heeft. Dit geeft dan aanleiding tot wat men genoemd heeft de ,,cumulatie'' (LALOU, nr. 200, blz. 134), het ,,opkomende getij'' (RODIÈRE, nr. 1604*bis*, blz. 223), of zelfs de ,,overstroming'' van herstelvorderingen (DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, blz. 138, voetnoot 2).

125 Het vraagstuk, dat ten aanzien van de tekst en de strekking van artikel 1382 B.W. in ons recht eigenlijk niet zou kunnen bestaan, ontstond uit de vrees dat al te talrijke slachtoffers door terugkaatsing zouden kunnen optreden (wat het begrip der schade door terugkaatsing betreft, zie boven, nr. 28).

De theorie van de rechtskrenking (zie boven, nr. 9 e.v.) werd niet zozeer met het oog op de onmiddellijke schade ingevoerd noch verdedigd; zij moest grotendeels tot de schade door terugkaatsing beperkt blijven. Met deze theorie werd immers een *a priori* beperking van de aanspraakgerechtigden nagestreefd, veeleer dan een bepaling van de schade. Deze bepaling diende slechts als technisch middel om het aantal van de mogelijke aanspraken te beperken.

Ook de leer van de relatieve onrechtmatigheid (zie boven, nr. 19 e.v.), die eveneens mocht verworpen worden, strekte tot een *a priori* beperking van het aantal mogelijke aanspraken.

Elke *a priori* beperking van de aanspraakgerechtigden druist niet alleen in tegen de tekst en de strekking van de wet, maar is bovendien willekeurig.

De aanspraak wegens schade door terugkaatsing vindt haar grondslag in een feitelijke, rechtmatige solidariteit tussen de aanspraakmakende persoon en het onmiddellijk getroffen slachtoffer. Deze solidariteit kan slechts *a posteriori* nagegaan worden.

Indien één van de gevolgen van deze solidariteit door de wetgever bekrachtigd is voor enkele gevallen van

bloed- of aanverwantschap, in de wettelijke onderhoudsverplichting, dan is deze echter één, maar niet het enige gevolg van deze solidariteit. Er is bovendien het recht op de betrekkingen, op genegenheid gesteund, recht dat onder de vorm van het bezoekrecht van de ouders bekrachtigd is en tot de grootouders uitgebreid werd (zie Tw. *Bezoekrecht,* nr. 42 e.v.).

Het recht op schadeloosstelling voor het nadeel uit de krenking van deze solidariteit, wordt met zeer algemene draagwijdte verschaft door artikel 1382 B.W. in alle gevallen van werkelijke, rechtmatige solidariteit, ook waar geen wettelijke, maar slechts een natuurlijke verbintenis tot levensonderhoud, of helemaal geen verbintenis bestaat, zodra er een feitelijke rechtmatige solidariteit tussen de aanspraakmakende persoon en het slachtoffer bestaat, d.w.z. een rechtmatig belang op het behoud van de persoon of van het vermogen van het onmiddellijk getroffen slachtoffer.

De uitdrukking *solidariteit,* in het hier besproken verband, is overgenomen uit een verslag van raadsheer NOUGIER (verslag voor Cass.fr., 20 febr. 1863, *Rec.Dall.,* 1864, 1, 99, op blz. 101, 1ste kol. *in fine).* Hierin vindt men de samenvatting van de geest van de vroegere traditionele Franse rechtspraak, die door de theorie van de rechtskrenking over boord gegooid werd: ,,Si notre loi civile a gradué les obligations entre parents, selon les degrés de parenté, pour rendre les unes plus étroites que les autres, est-ce dire qu'elle défende de tenir compte de toutes celles qu'elle ne mentionne pas? Est-ce qu'en regard des devoirs imposés par la loi positive, n'existent pas ceux qui ont leur source dans les lois mêmes de la nature? Est-ce qu'un frère ne doit rien à un frère? Est-ce qu'à côté de la solidarité naturelle qui les unit, ne se place pas également une véritable solidarité sociale?'' (*vgl.* DABIN, *Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel en dehors du cas spécial des accidents du travail, Belg.Jud.,* 1935, 525 e.v.).

126 Buitenlandse wetgevers zijn dan ook van de ruime regel uit het Burgerlijke Wetboek afgeweken, waar zij de aanspraakgerechtigden, in bepaalde gevallen, vooral na doding of verwonding, op beperkende wijze opgesomd hebben.

Dit is nl. het geval in het Nederlandse, het Zwitserse en het Duitse recht.

Uit de vergelijking van deze drie stelsels kunnen de volgende gemeenschappelijke bestanddelen ontleed worden.

Vooreerst een grondige *a priori* beperking van de kring van aanspraakgerechtigden.

In Zwitserland (art. 46 en 47 O.R.) en Nederland (art. 1406 en 1407 Ned. B.W.), als bewuste afwijking van een ruim voorschrift, dat een even ruime tegenhanger is van artikel 1382 B.W., maar een afwijking die de belangrijkste schadegevallen betreft, nl. de schade door doding of verwonding.

In Duitsland, als algemene regel (§§ 823, 833, 836, 843 B.G.B.), waarop afwijkingen voorzien zijn (§§ 844, 845 B.G.B.) die, wat strekking en toepasselijkheid betreft, nagenoeg met de Zwitserse en Nederlandse stelsels overeenstemmen.

De drie wetten vallen in hun hoofdtrekken samen om, in de beperkte kring van aanspraakgerechtigden wegens persoonsschade, aan de mogelijke aanspraken een alimentair karakter te geven, — streng op te vatten in Duitsland en Nederland, ruimer, — want meer van feitelijke aard, — in Zwitserland.

Hierdoor is dus tenslotte ook het vorderbaar bedrag op belangrijke wijze beperkt (zie de uitvoeriger bespreking van deze buitenlandse stelsels in J. RONSE, *Aanspraak...,* nr. 263, blz. 193).

In deze buitenlandse regeling van het vraagstuk kan slechts een afwijking erkend worden van het ruim voorschrift van artikel 1382 B.W.

127 In tegenstelling met het buitenlands recht laat het Burgerlijk Wetboek dus geen enkele *a priori* beperking van de mogelijke aanspraken toe, maar erkent de ruime

regel van artikel 1382 B.W. de aanspraak van elke persoon die schade leed uit onrechtmatige daad.

In België houdt het vraagstuk hoofdzakelijk verband met de pogingen in een gedeelte van de rechtspraak aangewend om de kring van aanspraakgerechtigden op genoegdoening voor extrapatrimoniale schade te beperken. Dit vraagstuk zal verder behandeld worden.

De aanspraak voor vermogensschade is uiteraard niet voor dezelfde betwistingen vatbaar. Inderdaad, aan de ene kant zijn de zedelijke waarden en de gevoelswereld, uiteraard, door geen enkel materieel bestanddeel begrensd. De mogelijkheden om daarin schade te lijden die geen vermogensschade is, moeten aan een bijzondere, minder duidelijke maatstaf gemeten worden. De vermogensschade kent daarentegen uit zichzelf, de beperking, eisen aan het begrensd zijn van het aangetaste vermogen. Bij samenloop van verschillende vorderingen tot herstel van vermogensschade zal de som van de vorderingen doorgaans niet in verhouding staan tot hun aantal, en dit in tegenstelling met de samenloop van vorderingen tot genoegdoening voor extrapatrimoniale schade.

De juiste aanwending van het criterium van zekerheid van de schade, — niet ten aanzien van het aantal aanspraken, maar wel ten aanzien van de waarde van ieder van die onderscheidene rechtsvorderingen, — is de enige ter zake aanvaardbare beperking.

M.a.w. als aanspraakgerechtigde kan nooit *a priori* uitgesloten worden wie stelt dat hij in een rechtmatig belang gekrenkt werd. Integendeel zal zijn eis *a posteriori* afgewezen worden, wanneer de aangevoerde schade niet zeker vaststaat.

Hieruit blijkt zeer goed de toepasselijkheid van de in het arrest van 16 januari 1939 door het Hof van Cassatie gegeven oplossing, doorheen de wisselende werkelijkheid: de zekere krenking van een rechtmatig belang is de noodzakelijke en voldoende grondslag van een aanspraak uit onrechtmatige daad (zie boven, nr. 13).

De kritiek van DE PAGE tegen dit arrest blijkt dan volkomen ongegrond te zijn waar hij meent dat sedertdien alle houvast voor de praktijk zou verbeurd zijn (DE PAGE, II, 1964, nr. 950*bis*, blz. 951 e.v.). De praktijk toont integendeel aan hoe de formule van 1939 rechtmatige aanspraken laat erkennen en tevens onrechtmatige en onzekere aanspraken laat weren.

128 Dit principe geldt voor alle mogelijke schadegevallen. Na zakenschade is het duidelijk dat verschillende personen een eigen aanspraak kunnen laten gelden, waar zij elk een persoonlijk belang hadden bij het behoud van de beschadigde of vernielde zaak.

Dit is b.v. het reeds vermelde geval van de samenloop tussen eigenaar, huurder, vruchtgebruiker en hypothecaire schuldeiser.

Samenloop van aanspraken zal echter vooral na persoonsschade ontstaan.

De voornaamste toepassingsgevallen zullen dus besproken worden bij de studie van de schade en schadeloosstelling na doding of verwonding (zie verder, nr. 938 e.v.).

AFDELING II

VERBAND TUSSEN DE VERSCHILLENDE AANSPRAKEN UIT ÉÉN ONRECHTMATIGE DAAD ONTSTAAN

§ 1. Zelfstandigheid van de aanspraken

129 Als algemene regel geldt de zelfstandigheid, d.w.z. de onderlinge onafhankelijkheid van de aanspraken.

Wanneer verschillende personen een eigen aanspraak kunnen laten gelden, tot herstel van de schade, aan elk van hen afzonderlijk, door éénzelfde onrechtmatige daad veroorzaakt, kunnen zij hun eis helemaal vrij van elkander instellen.

Noch het Burgerlijk Wetboek immers, noch het Gerechtelijk Wetboek hebben, in tegenstelling met vreemde wetgevingen, dienaangaande iets voorgeschreven (b.v. art. 1056 van het Burgerlijk Wetboek van Quebec).

Noch het vonnis, noch de dading tussen één aanspraakgerechtigde en de aansprakelijke aangegaan, hebben gezag van gewijsde tegenover anderen, die ook een persoonlijke aanspraak kunnen laten gelden: art. 23 van het Gerechtelijk Wetboek vereist immers dat de gevorderde zaak dezelfde is, dat de vordering op dezelfde oorzaak berust, tussen dezelfde partijen bestaat en door hen en tegen hen in dezelfde hoedanigheid gedaan is (*vgl.* art. 2050 en 2052 B.W.).

Nochtans, wanneer een of meer eisers optreden tegen een of meer verweerders, wordt de bevoegdheid van de rechtbank bepaald door de totale gevorderde vorm, ongeacht ieders aandeel daarin (art. 560 Ger.W.). Het doet weinig terzake of de verscheidene eisers optreden krachtens een enkele titel of verschillende titels of krachtens verschillende oorzaken: zodra de samenhang de eenheid van rechtspleging t.a.v. verscheidene pleiters, zowel terzake van overeenkomsten, als op het gebied van de aquiliaanse aansprakelijkheid, mogelijk maakt worden de bedragen opgesteld (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, 219; A. FETTWEIS, *Handboek voor gerechtelijk recht*, II, *De bevoegdheid*, nr. 116, blz. 74).

§ 2. Verschillende hoedanigheden van de aanspraakgerechtigden

130 Eenzelfde persoon kan gebeurlijk in meerdere hoedanigheden optreden terzake van eenzelfde onrechtmatige daad.

De hoedanigheid *(qualité)* is het wettelijk vermogen om in rechte op te treden, m.a.w. de titel, krachtens dewelke men in de rechtshandeling, dading of geding optreedt (GARSONNET/CÉZAR-BRU, I, nr. 363, blz. 543; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Action*, nr. 61; SOLUS/PERRET, *Droit judic. privé*, I, nr. 262 en 263; VAN REEPINGHEN, *Verslag*, 45).

A. ONDERSCHEID TUSSEN DE AANSPRAAK UIT EIGEN NAAM EN DEZE IN HOEDANIGHEID VAN VERTEGENWOORDIGER

131 Een vrouw kan als weduwe, dus aanspraakgerechtigde uit eigen naam, een dading aangegaan hebben betreffende haar persoonlijke rechten, en als moeder-

voogdes over haar minderjarige kinderen het geding onafhankelijk daarvan verder voeren, terwijl de dading, door haar in een andere hoedanigheid aangegaan, haar daarin niet tegenstelbaar is (PERRET, blz. 13 e.v.; Corr. Bergen, 17 juni 1937, *R.G.A.R.*, 1937, 2575).

Vergeet hierbij overigens het geldigheidsvereiste niet, door art. 467 B.W. bepaald voor de dadingen namens minderjarigen (zie hierover: Gent, 17 mei 1969, *R.W.*, 1969, *R.W.*, 1969-70, 270; Rb. Luik, 17 maart 1973, *Verz.*, 1976, 189; Rb. Luik, 17 maart 1975, *J.Liège*, 1975-76, 138).

Het belang van dit onderscheid werd reeds vermeld in verband met de aanspraak van de overspelige concubine. Waar deze wegens de onrechtmatigheid van haar eigen belang geen vordering kan instellen, zou zij het wel kunnen in haar hoedanigheid van moeder-voogdes over haar natuurlijk kind (zie boven, nr. 55).

Dit onderscheid is ook belangrijk wanneer men de vordering op grond van artikel 1382 B.W. mogelijk acht, vanwege een vrouw tegen haar verkrachter, tot herstel van de schade geleden door de geboorte van een kind (in die zin: Gent, 4 april 1950, *R.Crit.J.B.*, 1953, 194, met noot GRAULICH: hoofdelijke aansprakelijkheid van verschillende verkrachters).

In dit laatste geval kan de vrouw niet optreden in haar hoedanigheid van moeder-voogdes, vooreerst in voorkomend geval wegens de bevoegdheidsvraag daar dit een rechtsvordering zou zijn op grond van artikel 340 b e.v. B.W. waarvoor de burgerlijke rechtbank alleen bevoegd is, maar vervolgens ook omdat het kind geen schade lijdt door zijn geboorte (GRAULICH, *R.Crit.J.B.*, 1953, 201 en 207). Zij moet optreden uit eigen naam en kan slechts schadeloosstelling vorderen voor de schade die zij lijdt door het feit dat zij het kind zal moeten opvoeden. Dit bedrag kan groter of kleiner zijn dan de vordering van het kind.

Aldus kon de man ook uit eigen naam, en als hoofd van de wettelijke huwgemeenschap optreden, benevens de vordering waar hij uit naam en voor rekening van zijn echtgenote optrad.

Deze voorbeelden zullen volstaan om aan te stippen hoe zorgvuldig de hoedanigheid van de aanspraakgerechtigde moet nagegaan worden.

B. ONDERSCHEID TUSSEN DE PERSOONLIJKE AANSPRAAK EN DIE IN HOEDANIGHEID VAN RECHTSOPVOLGER VAN DE BENADEELDE

132 Een nog belangrijker onderscheid dient duidelijk gemaakt te worden tussen het optreden van de aanspraakgerechtigden ten persoonlijke titel, en in hun hoedanigheid van rechtsopvolger, — erfgenamen, legatarissen of cessionarissen, — van het slachtoffer (wat de overdraagbaarheid en de erfelijkheid van de vordering tot schadeloosstelling betreft, zie verder, nr. 185 e.v.).

De vordering ten persoonlijke titel, ook wanneer de aanspraakgerechtigde tevens erfgenaam is van het onmiddellijk getroffen slachtoffer, heeft als maat de schade die hij persoonlijk geleden heeft.

De aanspraak *ex haerede* of *jure successionis*, en de aanspraak van de cessionaris hebben als maat de schade door het onmiddellijk getroffen slachtoffer persoonlijk geleden. In dit laatste geval oefent de eiser de vordering uit van diegene van wie hij ze verkreeg; m.a.w. ,,hij staat in de schoenen van het slachtoffer zelf''.

In het eerste geval integendeel laat hij zijn eigen aanspraak gelden, die niets te maken heeft met rechten of verbintenissen van het onmiddellijk getroffen slachtoffer.

Eén enkel persoon kan beide hoedanigheden in zijn persoon verenigen, die van rechtsopvolger van een ander en deze van aanspraakgerechtigde ten persoonlijke titel.

Een voorbeeld moge hier volstaan.

Een weduwe kan optreden in haar hoedanigheid van gerechtigde in de huwgemeenschap, in haar hoedanigheid van erfgenaam of legataris van haar echtgenoot, in haar hoedanigheid van aanspraakgerechtigde ten persoonlijke titel en in haar hoedanigheid van moeder-voogdes over de minderjarige erfgenamen van haar overleden echtgenoot.

De vorderingen, eigen aan deze verschillende hoedanigheden, onderstellen schade van verschillende aard. In de eerste hoedanigheid, — rechthebbende in de huwgemeenschap, — strekt de vordering tot herstel van de schade geleden door de huwgemeenschap, zoals de zakenschade door de huwgemeenschap geleden vóór het overlijden van de echtgenoot, b.v. beschadiging van een auto van de gemeenschap, geneeskundige en farmaceutische kosten door het ongeval veroorzaakt, vervoer- en kliniekkosten e.d.m.

Waar de weduwe als erfgename van haar echtgenoot optreedt (art. 767 B.W.), is haar aanspraak beperkt tot de schadeloosstelling voor de schade die, door de overledene persoonlijk, vóór zijn dood geleden werd (zie verder, nr. 212).

De rechtsvordering, beantwoordende aan de hoedanigheid van aanspraakgerechtigde ten persoonlijke titel, strekt tot herstel van de schade in hoofde van de weduwe ontstaan door terugkaatsing, evenals de vordering tot genoegdoening voor het leed wegens het verlies van haar echtgenoot, de vordering tot herstel van het verlies van het inkomen, dat door de overledene voor zijn echtgenote bestemd werd, en naar redelijke verwachting verder zou blijven besteed zijn (zie verder, nr. 939 e.v.).

Aan de laatste hoedanigheid, die van moeder-voogdes over de minderjarige kinderen, beantwoordt vooreerst de vordering die deze minderjarigen ten persoonlijke titel kunnen laten gelden, nl. tot herstel van de verzorgersschade, d.i. het verlies van de inkomsten die de overledene aan zijn kinderen besteedde en de extrapatrimoniale schade door het verlies van hun opvoeder. Tenslotte beantwoordt hieraan ook de rechtsvordering, die de kinderen kunnen laten gelden, als erfgenamen van de overledene, m.a.w. hun aandeel als erfgerechtigden in de schade geleden door de overledene vóór zijn dood, of de aanspraak in de gemeenschap viel of niet.

133 Indien aldus op de verschillende hoedanigheden, waarin de aanspraakgerechtigde kan optreden gewezen is, werd eerst vastgesteld hoe deze verschillende vorderingen, beantwoordende aan de onderscheidene hoedanigheden, zelfstandige vorderingen zijn (SAVATIER, II, nr. 539-540, blz. 116 e.v.; MAZEAUD/TUNC, II, 1970, nr. 1901, blz. 1021 e.v.).

Toch kan tussen de verschillende aanspraken een wisselwerking en een wederzijdse invloed bestaan, wanneer verschillende hoedanigheden in één enkel persoon verenigd zijn.

134.1 Het voornaamste toepassingsgeval hiervan, in de stof van de onrechtmatige daad, is dit waar het ontstaan van de schade mede aan het onmiddellijke slachtoffer te wijten is.

Deze eigen schuld van het slachtoffer kon vroeger tegenover een persoonlijke vordering van de aanspraakgerechtigde, optredend enkel en alleen als slachtoffer door terugkaatsing, niet aangevoerd worden om, ten voordele van de aansprakelijke, de verantwoordelijkheid tussen de partijen te verdelen.

Deze stelling kon steunen op een constante cassatierechtspraak.

In 1961 nog velde het Hof van Cassatie twee arresten, waarin het gestelde principe werd gehuldigd (Cass., 15 mei 1961, *R.Crit.J.B.*, 1962, 165).

In de zaak Crahay et Baillie t./ Royer was de feitelijke situatie als volgt:

Een man gewond bij een ongeval, werd voor dat ongeval zelf voor 75 % aansprakelijk gesteld. Zijn echtgenote stelde zich burgerlijke partij tegen de beklaagde om vergoeding te bekomen voor de morele schade, die zij ingevolge de verwonding van haar man geleden had. Het Hof van Beroep oordeelde dat de schade van de echtgenote slechts kon vergoed worden ten belope van 25 % en wees haar voor het overige af, overwegende

,,1° que, même si le défendeur (en cassation) est l'unique auteur du délit de blessures involontaires, il n'en doit répondre que dans la mesure où le délit est attribuable à sa faute

2° que l'épouse serait mal venue à demander la réparation intégrale d'un préjudice dont son mari fut pour la plus grande part le responsable''.

Het arrest werd verbroken op grond van de overweging dat ,,la première de ces considérations est contraire au principe que lorsque la faute commise par lui a causé le dommage subi par la partie civile, le prévenu est tenu envers celle-ci à la réparation entière du dommage, même si celui-ci a aussi pour cause la faute concurrente d'un tiers, autre que la partie civile elle-même;
Que la seconde ne justifie pas légalement une dérogation à ce principe.

Het tweede arrest, van dezelfde datum, kleeft dezelfde doctrine aan, doch weerspiegelt impliciet ook het verlangen om een oplossing te vinden voor de soms onbillijke gevolgen van het gestelde principe (DALCQ, *De l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants-cause agissant à titre personnel, R.G.A.R.*, 1963, 7092).

De voorziening werd verworpen overwegende dat het aangevoerde middel in feite faalde. Het relatieve belang van de uitspraak laat toe er geen verder onderzoek aan te wijden.

134.2 In een zeer heldere noot bracht DABIN kritiek uit op deze constante rechtspraak. Volgens DABIN is de aanspraakgerechtigde (secundair slachtoffer), optredend als slachtoffer door terugkaatsing, de rechthebbende van het primaire slachtoffer, met wie hij een solidaire binding heeft. Deze solidaire binding ligt aan de oorsprong van zijn recht waarvan de omvang dus noodzakelijkerwijze door het eigen gedrag van het primaire slachtoffer gedetermineerd wordt.

De weigering om het secundaire slachtoffer de gevolgen te laten dragen van de eigen aansprakelijkheid van het initiële slachtoffer, beschouwt DABIN als een onrechtvaardigheid omdat de secundaire schade slechts de weerslag is van de primaire schade en beide uit het ongeval voortspruiten (DABIN, noot onder Cass., 15 mei 1961, *R.Crit.J.B.*, 1972, 176). Deze stelling steunt hij door volgende beschouwing: ,,On n'imagine pas en effet que la victime seconde puisse s'attaquer à la victime première (ou, en cas d'accident mortel, à sa succession) pour demander à celle-ci raison du dommage qu'elle subit par l'effet du dommage que la victime première s'est causé à elle-même par sa faute. Quand une personne est tuée ou blessée exclusivement par sa faute, il n'y a plus de place pour une action en réparation, non seulement de sa part (ou de la part de ses héritiers), mais de la part d'éventuelles victimes par répercussion de dommage qu'elle s'est infligée à elle-même (DABIN, blz. 177).

Indien men aan het slachtoffer door terugkaatsing de aanspraak op vergoeding ontkent wanneer de schade exclusief door de fout van het primaire slachtoffer is veroorzaakt, dan moet men daaruit, volgens DABIN, afleiden, ingevolge samenloop met de fout van een derde, dat ,,la responsabilité partagée à laquelle, en cas de faute partagée, a droit le tiers dans ses rapports avec la victime doit recevoir application, par identité de motifs, à ses rapports avec les parents de la victime agissant en réparation de leur dommage par ricochet'' (DABIN, blz. 177).

De rechtspraak van het Hof van Cassatie was ongetwijfeld geïnspireerd door de ,,*in solidum*''-leer, waarin wordt gesteld, dat een derde, slachtoffer van een onrechtmatige daad, algehele vergoeding kan eisen van één aansprakelijke, zelfs indien de schade door andere aansprakelijken werd medeveroorzaakt. Voor DABIN is het slachtoffer door terugkaatsing, precies omwille van het bestaan van een solidari-

teitsband met het mede-aansprakelijke primaire slachtoffer, geen derde.

134.3 Onder invloed van de leer van DABIN over de solidaire derden wijzigde het Hof van Cassatie in 1962 haar rechtspraak. De feiten waren de volgende:

Een persoon veroorzaakte de dood van een vrouw die gehuwd was en een kind had. De echtgenoot (in eigen naam en in naam van z'n minderjarige dochter) en de moeder van het slachtoffer stelden zich burgerlijke partij. Het Hof te Gent oordeelde dat het overleden slachtoffer voor de helft aansprakelijk was en willigde daarom de schade-eis slechts tot dat beloop in. In cassatie ontwikkelden de eisers als enig middel de schending van art. 1382 B.W. en 97 Ger.W. door voor te houden dat zij zich in eigen naam burgerlijke partij hadden gesteld en dus niet als erfgenaam van het slachtoffer, zodat het primaire slachtoffer tegenover hen een derde was, met het gevolg dat de verweerder hun schade volledig moest vergoeden.
In voltallige zitting en op eensluidend advies van adv.gen. DUMON verwierp het Hof van Cassatie, overwegende

,,dat, wanneer de schade, tegelijkertijd door de daad van het slachtoffer en door de fout van een derde veroorzaakt is, deze fout jegens de getroffene tot vergoeding gehouden is;

dat het recht op vergoeding van de bij terugslag geleden schade, enkel oorsprong vindt in de familie- en genegenheidsbanden die aanleggers met het overleden slachtoffer verbinden;

dat, wegens die banden waarop het recht op vergoeding steunt, dit recht door de persoonlijke verantwoordelijkheid van het slachtoffer bezwaard is in de mate waarin verweerder ze had kunnen inbrengen, hetzij tegen deze eerste getroffene, zo zij zelf de vergoeding van haar eigen schade had aangevraagd, hetzij tegen haar erfgenamen zo zij deze vergoeding 'ex haerede' hadden gevorderd'' (Cass., 19 dec. 1962, *Pas.*, 1963, I, 491; *R.W.*, 1962-63, 1235 met conclusie DUMON).

134.4 De billijkheid van deze ommekeer in de rechtspraak wordt door de rechtsleer erkend.

Nochtans biedt de theorie van DABIN, waarop het Hof steunt, geen juridisch bevredigende grondslag (DALCQ, *R.G.A.R.*, 1963, 7092[3]; J. FOSSERAU, *L'incidence ayants cause agissant à titre personnel, R.Trim.Dr.Civ.*, 1963, nr. 9, blz. 14; J. KIRKPATRICK, *Le nouveau statut des dommages subis par répercussion,* noot onder Cass., 17 juni 1963, *R.Crit.J.B.*, 1964, 460; zie nochtans J. CANIVET, *De la réparation du préjudice des victimes ,,par ricochet'', J.T.*, 1963, 597 e.v.).

De plicht tot juridische verantwoording kan moeilijk vervuld worden door verwijzing naar een solidariteit die tussen het primaire en secundaire slachtoffer zou bestaan.

DALCQ levert kritiek op genoemde theorie waar hij terecht opmerkt dat de aanspraak van de slachtoffers door terugkaatsing niet de solidariteitsband als basis heeft, maar enkel en alleen de eigen schade die het middellijk gevolg is van de samenlopende fouten van de derde en het initieel slachtoffer (DALCQ, *t.a.p.*, 7092[4]; zie ook J. FOSSERAU, nr. 9 e.v., blz. 14 e.v.; *anders:* J. KIRKPATRICK, *a.w.*, *R.Crit.J.B.*, 1964, 459, nr. 10).

Ook het aangehaalde argument dat de fout als het ware moet aanzien worden als de fout, gepleegd door de secundaire slachtoffers moet verworpen worden, aangezien het wel degelijk om een persoonlijke aanspraak gaat, en niet om een vordering *ex haerede* (J. FOSSERAU, *a.w.*, nr. 22). Trouwens, de schade door terugkaatsing is verschillend van het door het primaire slachtoffer ondergane nadeel (DALCQ, *t.a.p.*, 7092[4]).

Eenvoudiger en klaarder lijkt ons het argument van DALCQ: er kan slechts sprake zijn

van de ,,in solidum''-leer wanneer men te doen heeft met meerdere schuldenaars die aansprakelijk zijn tegenover de schuldeiser. Hier zijn er wel twee daders maar slechts één ervan is aansprakelijk jegens de gerechtigde.

Inderdaad, indien het initieel slachtoffer alleen het ongeval zou veroorzaakt hebben, dan hadden de slachtoffers door terugkaatsing geen aanspraak tegenover het primair slachtoffer of tegenover de nalatenschap. Zo blijft het ook wanneer er twee daders zijn.

Bijgevolg, zoals het primaire slachtoffer geen recht op vergoeding heeft in de mate waarin het zelf aansprakelijk is voor de eigen schade, zo ook hebben de slachtoffers door terugkaatsing, handelend in eigen naam, geen mogelijkheid om een volledige schadevergoeding te bekomen wanneer één van de daders tegenover hen niet aansprakelijk is (DALCQ, *t.a.p.*, 7092[5]; *vgl.* Cass.fr. (ch. réun.), 25 nov. 1964, *Rec.Dall.*, 1964, J., 733 met conclusie M. AYDALOT; MAZEAUD/TUNC, nr. 1901, blz. 1023 e.v.).

134.5 De nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie werd sindsdien herhaaldelijk bevestigd, evenwel zonder dat een juridisch meer bevredigende fundering de stelling kracht kwam bijzetten (Cass., 17 juni 1963, *R.Crit.J.B.*, 1964, 449 met noot J. KIRKPATRICK; Cass., 19 dec. 1967, *Arr.Cass.*, 1968, 576; Cass., 19 okt. 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 212; Cass., 15 april 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1010; *Pas.*, 1980, I, 1004; *R.W.*, 1980-81, 2725; Cass., 16 sept. 1980, *Arr.Cass.*, 1980-81, 53; *Pas.*, 1981, I, 56; *R.W.*, 1980-81, 2751; Cass., 10 febr. 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 643; *Pas.*, 1981, I, 623; *R.W.*, 1980-81, 2727; Cass., 6 jan. 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 482; *Pas.*, 1981, I, 476; *R.W.*, 1981-82, 1543; *R.G.A.R.*, 1983, 10.682; impliciet: Cass., 24 dec. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 488; Cass., 17 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 938; *vgl.* Brussel, 15 dec. 1965, *Verz.*, 1967, 141; Mons, 3 maart 1969, *R.G.A.R.*, 1970, 8515; Corr. Charleroi, 17 dec. 1966, *J.T.*, 1966, 653).

135 Bedingen tot uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid door het onmiddellijk getroffen slachtoffer aangegaan, zullen hun volle uitwerking hebben tegenover de eis van zijn rechtsopvolgers in die hoedanigheid optredend, geenszins echter tegenover de eis door deze laatsten ten persoonlijke titel ingesteld (SAVATIER, II, nr. 540, blz. 118; MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1901, blz. 1025).

Verder, wanneer nabestaanden optreden als aanspraakgerechtigden door terugkaatsing, dit is ten persoonlijke titel, alhoewel zij tevens erfgenamen zijn van het overleden slachtoffer, zal de dading door hun rechtsvoorganger aangegaan of het vonnis op zijn eis gewezen ten aanzien van zijn eigen vordering, zonder invloed blijven op het nadien ontstane recht van de aanspraakgerechtigden ten persoonlijke titel, wegens de schade door terugkaatsing geleden door de dood van hun rechtsvoorganger (LAURENT, XX, nr. 527, blz. 572; PERRET, blz. 14-15; SAVATIER, II, nr. 540, blz. 117; VAN BRAKEL, I, nr. 544, blz. 655; *vgl.* H.R., 22 dec. 1950, *N.J.*, 1951, nr. 222, met conclusies BERGER en noot Ph. A.N.H.; J. FOSSERAU, *a.w.*, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1963, blz. 20 e.v., nr. 22; DALCQ, *R.G.A.R.*, 1963, 7092[4]).

In dezelfde zin ook, zal de dading, door de aanspraakgerechtigde persoonlijk aangegaan, geen invloed uitoefenen op het recht op schadeloosstelling, uit dezelfde onrechtmatige daad ontstaan, dat hij nadien van het onmiddellijk getroffen slachtoffer verwierf (art. 2050 B.W.).

Omgekeerd, sluit de verwerping van de nalatenschap of het aanvaarden ervan onder voorrecht van boedelbeschrijving, niet uit dat hij een persoonlijke aanspraak zou laten gelden.

136 Ten slotte zullen de schuldeisers van de nalatenschap beslag kunnen leggen op de vordering *ex haerede* en op de erop toegewezen schadeloosstelling, behoudens de gevallen van onaantastbaarheid.

Deze gevallen, waaraan in de praktijk niet voldoende aandacht besteed wordt, zullen verder besproken worden. Door de techniek van de zakelijke subrogatie is de vordering tot schadeloosstelling, en de schadeloosstelling zelf, tot vergoeding van onaantastbare inkomsten, in dezelfde maat als deze laatste, onaantastbaar.

Wat de extrapatrimoniale schade betreft, zal betoogd worden dat de vordering zelf, als hoogst persoonlijk recht, onaantastbaar is, maar niet de definitief toegewezen geldelijke genoegdoening (zie verder, nr. 168 e.v.).

De vordering ten persoonlijke titel behoort integendeel niet tot het pand van de schuldeisers van de nalatenschap (SAVATIER, II, nr. 540, blz. 118; MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1901, blz. 1023).

Om dezelfde reden is de aanspraak *ex haerede* onderhevig aan de heffing van successierechten, terwijl de persoonlijke aanspraak van de aanspraakgerechtigde hieraan volledig ontsnapt, ook al is deze tevens erfgenaam (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Succession (Droit de)*, nr. 530).

137 Een zeer belangrijke toepassing van dit onderscheid biedt het geval van overlijden van de aanspraakgerechtigde na het instellen van zijn eis.

De erfgenaam kan het geding als dusdanig hervatten. De eigen schade door hem geleden tengevolge van dit overlijden, wanneer het veroorzaakt werd door dezelfde onrechtmatige daad, maakt evenwel het voorwerp van een nieuwe eis uit, die als dusdanig moet ingesteld worden en derhalve niet kan gevoegd worden bij het geding dat hij hervat (Rb. Brussel, 15 febr. 1901, *Pand.Pér.*, 1902, 1140; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Demande nouvelle*, nr. 48; *Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 19; SAVATIER, II, nr. 540, blz. 117; zie verder, nr. 907 e.v.).

138 In dit verband dient opgemerkt te worden dat indien de eiser er toe gehouden is de hoedanigheid aan te duiden waarin hij beweert op te treden, de rechter toch krachtens zijn interpretatievermogen de gerechtelijke akte — dagvaarding of besluiten van de burgerlijke partij — kan interpreteren, en uit de aard en de omschrijving van de gevorderde bedragen kan afleiden dat de eiser ten persoonlijke titel optreedt, en niet alleen in de hoedanigheid van erfgenaam van het gedode slachtoffer, die in de dagvaarding uitsluitend vermeld is (Gent, 14 juli 1952, *R.W.*,

1952-53, 600, met advies MATTHYS en noot J. RONSE. De voorziening tegen dit arrest werd verworpen: Cass., 14 jan. 1954, *Pas.*, 1954, I, 406).

In dezelfde zin besliste ook het Hof van Beroep te Brussel. De eiser heeft duidelijk in zijn dagvaarding feiten gesteld die tot juridische grondslag dienen van zijn eis en waaruit blijkt dat de vordering strekt tot vergoeding van een persoonlijk geleden schade, schade van de gemeenschap die tussen hem en zijn overleden echtgenote, het slachtoffer, heeft bestaan en dat hij bovendien de rechten laat gelden die hij uit het huwelijksvermogensstelsel houdt: „... qu'il est donc sans importance qu'il se soit servi improprement du terme héritier (Brussel, 10 nov. 1927, *Pas.*, 1928, II, 78; zie ook: Brussel, 16 nov. 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4345).

139 De aanspraak *ex haerede* of *jure successionis* heeft als maat het verlies door het slachtoffer vóór zijn overlijden geleden.

De rechtsvordering is vanwege het onmiddellijk getroffen slachtoffer ontstaan, en als actief bestanddeel der nalatenschap, *ab intestato* of door legaat, overgegaan op de rechtsopvolger.

Benevens deze rechtsvordering kunnen dezelfde of andere erfgenamen gebeurlijk nog een eigen persoonlijke schade aanvoeren. Deze is begrensd tot het zekere verlies dat zij geleden hebben, m.a.w. door de maat van hun rechtmatig belang bij het behoud van het slachtoffer.

Welnu, het is duidelijk dat de som van de onderscheiden vorderingen, strekkend tot herstel van vermogensschade, samen nooit meer kan bedragen dan moesten zij in één enkel persoon verenigd zijn.

Verder zal vastgesteld worden dat, bij overlijden van een persoon, het leven van deze laatste niet abstract geschat wordt in zijn economische waarde. Het is niet zijn dood, die aan de erfgenamen, als dusdanig, vergoed wordt. Het overlijden zelf deed in zijn persoon geen aanspraak ontstaan aangezien de dood hem deed ophouden persoon te zijn, drager van rechten (zie verder, nr. 800).

De erfgenamen vonden dus in zijn nalatenschap geen vordering wegens het overlijden zelf. Integendeel dient de schade vergoed te worden van diegenen die een economisch belang hadden bij dit leven, nl. diegenen aan wie het slachtoffer zijn inkomen of een deel daarvan besteedde. Het is dat deel van het inkomen dat zij, naar redelijke verwachting tijdens de vermoedelijke levensduur zouden ontvangen, dat de maat van hun persoonlijke schade, en derhalve van hun aanspraak is.

Indien ten aanzien van de schade van de overledene door zijn dood zelf, een andere opvatting zou gehuldigd worden, zou deze oplossing ten gevolge hebben dat de tweede vordering nl. die ten persoonlijke titel, in haar waarde zou beperkt worden.

M.a.w. de samenloop van aanspraken wegens vermogensschade en hun vermenigvuldiging, kan nooit ten gevolge hebben dat ten laste van de aansprakelijke een grotere verbintenis zou ontstaan.

140 Ten slotte dient in geval van samenloop van vorderingen het geval duidelijk aangestipt te worden, waar naast het slachtoffer een derde optreedt die in de plaats gesteld is in een deel van zijn rechten.

Oorspronkelijk bestond slechts één vordering die in twee delen uiteengevallen is. De som van deze delen is niet groter dan de oorspronkelijke gehele vordering, vermits de subrogatie het gevolg is van een betaling, die, in de maat daarvan, de oorspronkelijke vordering uitdoofde (zie over de aanspraak van de indeplaatsgestelde, verder, nr. 1030 e.v.).

141 Uit dit alles blijkt dat het vraagstuk van de samenloop der aanspraken tot zijn werkelijke en zeer beperkte draagwijdte dient herleid te worden. Wanneer men duidelijk de titel of de hoedanigheid van de aanspraakgerechtigde nagaat, blijft slechts de feitelijke vraag over omtrent de zekerheid van de aangevoerde schade, ten aanzien van diegene waarin zij ontstaan is en gesteld wordt.

Geen enkele rechtsnorm laat toe een onderscheid te maken tussen degenen die een persoonlijke schade kunnen aanvoeren.

Het vraagstuk rijst meestal in geval van doding.

Welnu, het hoeft werkelijk geen betoog dat de slachtoffers door terugkaatsing het herstel vorderen van de door hen persoonlijk geleden schade, veroorzaakt door de onrechtmatige daad, evenals het onmiddellijke slachtoffer, moest dit nog kunnen optreden (MAZEAUD/TUNC, zesde druk, (1970), nr. 1872, 972).

M.a.w. om het kernachtig met de herhaaldelijk geciteerde uitdrukking van DABIN te formuleren: hetzelfde feit ontneemt aan de vader het leven en de vader aan de zoon. Of nog, om een eerder modern beeld te gebruiken, de dood veroorzaakt een kettingreactie. Elk van de schakels van de schade is oorzakelijk aan het éne schadeveroorzakende feit verbonden. De schade door terugkaatsing stelt geen probleem van causaliteit doch slechts van omvang van de te vermoeden schade (J. DABIN, *Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel, en dehors du cas spécial des accidents du travail, Belg.Jud.*, 1935, 525). Men kan immers de dood niet scheiden van zijn gevolgen. De oorzaak zoeken in het feit dat de eiser de zoon is van de overledene betekent een verwarring tussen voorwaarde en oorzaak.

AFDELING III

TOEPASSINGEN — VERWIJZING

142 De samenloop van verschillende aanspraken na éénzelfde onrechtmatige daad, geeft, behoudens zeldzame gevallen van zakenschade, vooral tot betwistingen aanleiding in de gevallen van schade door aantasting van lijf en leven.

Bij de behandeling van de vraagstukken door de begroting van de schadeloosstelling na doodslag of verwonding zal de lijst der voornaamste aanspraakgerechtigden opgesomd worden en zullen hun onderscheidene aanspraken besproken worden (zie verder, nr. 938 e.v.).

AFDELING IV

VERDELING VAN DE SCHADELOOSSTELLING TUSSEN DE AANSPRAAKGERECHTIGDEN — VERWIJZING

143 Waar verschillende personen, als rechtsopvolgers van één aanspraakgerechtigde optreden, moet de schadeloosstelling onder hen verdeeld worden in verhouding tot hun aandeel in de nalatenschap of huwgemeenschap (zie verder, nr. 213 e.v.), en, wat de indeplaatsstelling in een gedeelte van de aanspraak betreft, met inachtneming van artikel 1252 B.W.

Waar integendeel de verschillende aanspraakgerechtigden *een persoonlijke vordering* laten gelden, dient aan elk van hen afzonderlijk een schadeloosstelling toegewezen te worden die uitsluitend door de maat van hun persoonlijke schade bepaald wordt.

In hoever dergelijke afzonderlijke toewijzing moet gedaan worden waar de weduwe en de kinderen van het gedode slachtoffer samen optreden, zal moeten onderzocht worden bij de studie van de begroting der schadeloosstelling na doding of verwonding (zie verder, nr. 1062 e.v.).

HOOFDSTUK IV

OGENBLIK WAAROP DE AANSPRAAK OP SCHADELOOSSTELLING ONTSTAAT — GEVOLGEN

144 Zoals reeds herhaald vooropgezet werd, ontstaat de aanspraak uit onrechtmatige daad pas wanneer al de bestanddelen, door artikel 1382 B.W. e.v. vereist, verenigd zijn, d.w.z. wanneer een onrechtmatige daad schade veroorzaakte (zie boven, nr. 2 e.v.).

Ten aanzien van tijd en plaats kan de schade op een later tijdstip en op een andere plaats ontstaan dan waar de onrechtmatige daad die haar veroorzaakte, verricht was (zie boven, nr. 3).

Aldus b.v. kan het verzuim, om bij het invallen van de duisternis een hindernis te verlichten, een ongeval veroorzaken op het einde van de nacht.

Aldus nog kan iemand op 1 februari te Gent gekwetst worden terwijl hij pas drie maanden later te Brussel ten gevolge van zijn verwondingen bezwijkt. De schade van weduwe en kinderen, door het overlijden geleden, is op dat ogenblik pas te Brussel ontstaan.

Een man kan, ten gevolge van de aanranding op zijn eer en goede naam, pas later, in de uitoefening van zijn vrij beroep of zijn handel, schade lijden; hetzelfde is mogelijk door inbreuk op merken of octrooien, of door welkdanige andere daden van onrechtmatige mededinging.

Tussen het veroorzaken van de schade, het instellen van de eis tot schadeloosstelling, en het vonnis waardoor over de eis uitspraak gedaan wordt of de dading en ook nadien, blijft de schade vatbaar voor verdere ontwikkeling, in de zin van aangroei of vermindering. Bovendien kan, zoals in het zoëven aangehaalde voorbeeld van het overlijden van het slachtoffer, nieuwe schade ontstaan, in hoofde van een of meer aanspraakgerechtigden.

Dit gaf aanleiding tot verschillende problemen.

Welke latere gebeurtenissen, die zich na het oorspronkelijke schadegeval hebben voorgedaan, komen bij de begroting van de omvang van de schade en de schadeloosstelling in aanmerking (zie hierover verder, nr. 366 e.v.).

Vooraf moeten echter, na de bepaling van het tijdstip waarop de aanspraak ontstaat, enkele van de belangrijkste gevolgen daarvan, besproken worden.

AFDELING I

HET VRAAGSTUK

145 Men is het eens om de vraag te beperken tot de keuze tussen vier

tijdstippen waarop het recht op herstel zou kunnen ontstaan.

Vooreerst het ogenblik waarop de onrechtmatige daad verricht wordt; vervolgens dit waarop de schade ontstaat; komt dan het tijdstip waarop de eis tot schadeloosstelling ingesteld wordt, of waar de wil om herstel te verkrijgen geuit wordt; en ten slotte het ogenblik waarop de einduitspraak geveld wordt (DEMOGUE, IV, nr. 365, blz. 239; L. RIPERT, nr. 111, blz. 126; MAZEAUD/TUNC, III, 1978, nr. 2246, blz. 536).

146 De ontwerpers van het Burgerlijk Wetboek en zijn eerste commentators kenden dit vraagstuk niet, en stelden eenvoudigweg vast, dat de aanspraak uit de onrechtmatige daad ontstaat (zie o.m. POTHIER, *Obligations,* nr. 116 e.v.; TREILLARD, LOCRÉ, VI, blz. 275, nr. 5 en blz. 276, nr. 10; SOURDAT, derde druk (1872), I, nr. 109, blz. 101, voetnoot 1).

De betwisting blijkt ontstaan te zijn uit concrete oplossingen waarin men zich niet om het beginsel bekommerd had. De verwarring werd vergroot door de poging van enkelen om de vraag aan te knopen aan de algemene probleemstelling van de Franse publiekrechtsgeleerden omtrent het bestaan van het subjectieve recht.

DUGUIT beschouwde het als een onmogelijkheid dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad hieruit een subjectief recht op herstel zou kunnen verwerven. Het zou slechts beschikken over het vermogen om een rechtsmiddel aan te wenden tot het bekomen van schadeloosstelling. Alleen uit het vonnis, dat deze toewijst, zou een recht kunnen ontstaan (DUGUIT, *Droit constitutionnel,* derde druk (1927), I, blz. 248 e.v., en blz. 301).

DEMOGUE verwijst, naast de stelling van DUGUIT, die hij naar zijn eerste twee uitgaven citeert, nog naar die van JÈZE volgens welke het recht op herstel zou ontstaan door de uiting van de wil van het slachtoffer om vergoeding te ontvangen, m.a.w., praktisch gesproken, uit het instellen van de eis (DEMOGUE, IV, nr. 369, blz. 244 e.v.). DEMOGUE verkiest de stelling van DUGUIT boven hetgeen hij de klassieke stelling noemt, nl. die waarin de aanspraak uit de onrechtmatige daad zou ontstaan (DEMOGUE, IV, nr. 570, blz. 245 e.v.; zie de kritiek van beide stellingen door L. RIPERT, nr. 117-118, blz. 134 e.v.).

Er dient terloops aangestipt dat de keuze van DEMOGUE gegrond is op de beschouwing dat daardoor de verjaringstermijn pas later een aanvang neemt. De tegenstelling met de klassieke leer bestaat echter niet, zoals zij door DEMOGUE voorgesteld wordt. Deze leer vindt de oorsprong van het recht, niet bepaald in de schuld van de aangesprokene, maar wel in de onrechtmatige daad in haar geheel beschouwd, d.w.z. niet alleen in de schuld, maar in de schuldige of onrechtmatige daad die schade veroorzaakte, terwijl de verbintenis uit onrechtmatige daad maar volledig bestaat wanneer schade veroorzaakt is.

DEMOGUE komt ten slotte tot de stelling dat de aanspraak broksgewijze ontstaat: „cette action ne date pas complètement de la faute, ou du dommage. Le droit à réparation ne prend complètement forme que par cette réaction contre la situation produite illicitement, réaction résultant d'un jugement ou d'une transaction" (DEMOGUE, IV, nr. 571, blz. 246).

Heel klaar is deze stelling niet. Deze auteur had een veel duidelijker stelling verdedigd in 1913: „le tribunal semble considérer à tort que le droit à indemnité nait au jour du jugement, alors qu'il commence à se former dès le délit et se réalisa avec le préjudice" (DEMOGUE, *Chr., R.Trim.Dr.Civ.,* 1913, 210).

147 In Frankrijk heerste op dit gebied een zeer grote verwarring, ten gevolge van het gemis aan éénheid in de grondslag van de uitspraken, die uitsluitend het behandelde geval voor ogen hadden. Voor de oplossingen daarvan, gingen zij uit van onderling tegenstrijdige beginselen, die dan onvermijdelijk ook tot ongewenste

uitslagen moesten leiden (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2253 e.v., blz. 543 e.v.; DEMOGUE, *Obligations*, IV, nr. 571, blz. 247).

148 In Frankrijk vooral werd inderdaad ten onrechte uitgegaan van het onderzoek omtrent de aard van het vonnis dat over de eis tot schadeloosstelling uitspraak doet. Schept de rechter de verbintenis tot herstel, of erkent en bekrachtigt hij integendeel een voorafbestaande verbintenis?

M.a.w. de vraag luidt of het vonnis, dat tot schadeloosstelling veroordeelt, van declaratieve of van constitutieve aard is (zie o.m. L. RIPERT, nr. 110, blz. 125 en nr. 121, blz. 138; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2248, blz. 540; LALOU, nr. 111*bis*, blz. 63; *vgl.* ook G.A. UGEUX, *Le jugement de condamnation à des dommages-intérêts est-il déclaratif ou constitutif de droit, R.G.A.R.*, 1938, 2595).

Deze tweeledige indeling van de vonnissen, die in bepaalde aangelegenheden nuttig gebleken is, behoort tot de klassieke theorie, sedert het onderscheid door MERLIN voor het eerst met deze bewoordingen gemaakt werd, ter zake van betwistingen nopens de staat van personen (MERLIN, *Répertoire*, Tw. *Question d'état*, § III, art. 1).

Dit onderscheid blijkt echter helemaal niet geschikt te zijn om de behandelde vraag op te lossen.

Inderdaad, de te beantwoorden vraag betreft het ogenblik waarop het slachtoffer zijn recht op herstel der schade kan laten gelden. Het is juist dat, indien men het vonnis als declaratief erkent, zulks onderstelt dat het recht vooraf bestond. Maar om dit laatste vast te stellen is deze omweg werkelijk overbodig.

Bovendien leidt dit al te sterk volgehouden onderscheid tot verwarring en misverstand.

Een vonnis is weliswaar in de regel declaratief, omdat het de vaststelling van een voorafbestaand recht tot voorwerp heeft, en geenszins de schepping van dat recht.

Indien aldus het constitutieve of attributieve vonnis de uitzondering zal zijn, b.v. waar het een nieuwe staat van personen schept, door echtscheiding of scheiding van tafel en bed, interdictie e.d.m. (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Jugements et arrêts*, nr. 544 e.v.; L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit, R.Trim.Dr.Civ.*, 1929, 17), mag daaruit geenszins besloten worden dat de zogenaamde declaratieve aard van een vonnis alle constitutieve bestanddelen uitsluit.

Terecht werd er, in de latere rechtsleer, de nadruk op gelegd dat in elk vonnis meerdere bestanddelen voorhanden zijn waarvan de ene declaratief en de andere constitutief zijn.

Aldus b.v. het vonnis van faillietverklaring: het verklaart de voorafbestaande toestand, toch schept het tevens een nieuwe toestand, en is derhalve constitutief (G. RIPERT, *Traité élém. Dr. Comm.* (1948), nr. 2577; *vgl.* FREDERICQ, VII, nr. 32, blz. 97).

Hieruit volgt dat het niet altijd zo eenvoudig is om vast te stellen of men voor een constitutief dan wel voor een declaratief vonnis staat (L. BOYER, *Les effets des jugements à l'égard des tiers, R.Trim.Dr.Civ.*, 1951, blz. 174, nr. 11-12; VAN RIJN/HEENEN, *Principes de Droit Comm.*, IV, nr. 2657, blz. 221).

In elk declaratief vonnis ligt noodzakelijkerwijze een constitutief bestanddeel besloten. Het vonnis erkent immers niet alleen een voorafbestaand recht, maar verschaft iets meer, al is het slechts de zekerheid omtrent dit bestaan. Terecht werd dan ook voorgehouden, dat het klassieke onderscheid meer van pedagogische dan van wetenschappelijke aard is (E. COUTURE, *Le procès comme institution, R.Int.Dr.Comp.*, 1950, 276 e.v.; *vgl.* MEIJERS, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht* (1948), blz. 115).

Er kan, ter zake van aanspraak uit onrechtmatige daad, vastgesteld worden hoe het recht op schadeloosstelling, volgens de uitdrukking van SAVATIER nog vormloos is tot op het ogenblik, waarop het vonnis beslist over de vorm van het herstel (SAVATIER, II, nr. 622, blz. 208).

De rechter beschikt dan ook over een zeer ruim keuzevermogen betreffende de vorm waarin het herstel moet verschaft worden, en zulks ondanks andersluidende besluiten van eis of verweer (zie verder, nr. 276 e.v.). In die zin is het dan ook juist dat het vonnis, waarin een eis tot schadeloosstelling toegewezen wordt,

meer is dan een declaratief vonnis (SAVATIER, II, nr. 624, blz. 210), niettegenstaande aanvaard wordt dat het recht op schadeloosstelling, hoe vormloos het ook nog kan zijn, werkelijk en volledig voorafbestaat, en, dat dit voorafbestaand recht door het vonnis erkend en verklaard wordt.

Er mag dan ook besloten worden dat, tot het beantwoorden van de vraag betreffende het ogenblik waarop het recht op herstel ontstaat, niet vooraf dient nagegaan te worden of het vonnis van declaratieve dan wel van constitutieve aard is.

Aan de behandelde vraag verschaft deze hoofdzakelijk theoretische kwalificatie van het vonnis geen oplossing. Als vertrekpunt bij het oplossen van het vraagstuk bleek zij evenmin dienstig, des te meer daar, te langen laatste, door diegenen die de declaratieve aard van het vonnis met klem verdedigen erkend wordt dat het criterium om de aard ervan te bepalen ligt in de vaststelling van het voorafbestaan van het recht, m.a.w. in het antwoord op de enige vraag die hier ter sprake komt (*vgl.* MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2250, blz. 541).

149 Gezien het ontbreken van dergelijke betwisting in het Belgische recht, kan de evolutie en de huidige stand van het vraagstuk in het Franse recht bondig samengevat worden.

In de Franse rechtsleer wordt, behoudens de stellingname van DEMOGUE thans als algemene regel aanvaard dat de aanspraak op herstel ontstaat zodra schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt is (SAVATIER, II, nr. 621, blz. 207; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2264, blz. 555; LALOU, nr. 111*bis*, blz. 68; L. RIPERT, nr. 121, blz. 138 e.v.; RODIÈRE, nr. 1654 e.v., blz. 272 e.v.; P. ESMEIN, noot onder Cass.fr., 19 nov. 1953, J.C.P., 1954, II, 8039; COLIN/CAPITANT, II, nr. 1243, blz. 708).

De Franse *Conseil d'Etat* sloot zich bij deze stelling aan sedert 1947 (MORANGE, *L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives, Rec.Dall.*, 1951, *Chr.*, 61 e.v.; zie o.m. Cons. d'Etat, 17 juli 1950, *Rec.Dall.*, 1951, 221; zie over dit arrest H. en L. MAZEAUD, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1951, 81, nr. 28).

De vraag schijnt in de rechtspraak nog niet duidelijk opgelost te zijn. Gedurende lange tijd heeft het Franse Hof van Cassatie de stelling gevolgd volgens welke het vonnis, waardoor schadeloosstelling toegewezen wordt van constitutieve aard is.

Blijkbaar was het Hof, zelfs in gevallen van contractuele wanprestatie van mening dat het vonnis, waarbij schadevergoeding wordt toegekend constitutief is (Cass.fr., 2 dec. 1947, *Rec.Dall.*, 1948, J., 577 met noot RIPERT).

In de latere rechtspraak werd meer en meer, zoals in de Belgische rechtspraak, het voorafbestaan van het recht op schadeloosstelling erkend, en zodoende de declaratieve aard van het vonnis bevestigd (Cass.fr., 24 nov. 1942, *Gaz.Pal.*, 1943, I, 50; Cass.fr., 26 okt. 1949, *J.T.*, 1950, 173; *J.C.P.*, 1950, II, 5310 met noot ESMEIN; Rb. Bordeaux, 21 mei 1947, *J.C.P.*, II, 3901 met noot J. MAZEAUD; Rb. Seine, 16 juli 1947, *J.C.P.*, II, 3791; P. GERVÉSIE, noot onder Lyon, 22 nov. 1954, *Rec.Dall.*, 1956, I, 628; *anders:* Parijs, 22 mei 1950, *Rec.Dall.*, 1950, 471; *Rec.Sirey*, 1951, I, 104; *vgl.* Cass.fr., 14 mei 1952, *Rec.Dall.*, 1953, J., 625 met noot RADUOANT).

Ofschoon MAZEAUD en TUNC oordelen dat, niettegenstaande vele hoven en rechtbanken het vonnis declaratief heten, de cassatiestrekking om het vonnis constitutief te noemen, nu pas wankelt (MAZEAUD/TUNC, zesde druk, 1978, 2253, blz. 543 e.v.

met daar geciteerde rechtspraak); toch blijft men in Frankrijk het klassieke standpunt handhaven volgens hetwelk het recht op herstel pas ontstaat met het vonnis dat de eis tot schadeloosstelling inwilligt (Cass.fr., 9 febr. 1961, *Rec.Dall.*, 1962, J., 20; Cass.fr., 8 juli 1970, *Rec.Dall.*, 1971, Somm., 13; Cass.fr., 16 maart 1972, *Bull.*, 1972, II, nr. 84, 64; Cass.fr., 20 dec. 1972, *Bull.*, 1972, II, nr. 372, 271; Cass., 8 febr. 1973, *Bull.*, 1973, II, nr. 49, 38; Cass., 17 mei 1973, *Bull.*, 1973, II, nr. 169, 133; Cass.fr., 2 april 1974, *Rec.Dall.*, 1974, J., 473 en de in de noot geciteerde rechtspraak).

AFDELING II

OPLOSSING NAAR BELGISCH RECHT

150 Het hele vraagstuk blijkt in het Belgische recht hoofdzakelijk tot de loutere theorie te behoren.

Slechts enkele toepassingen van het principe blijven aanleiding geven tot betwisting, om heel andere redenen dan de bepaling van het tijdstip waarop het recht ontstaat.

In België wordt niet betwist dat het recht op herstel ontstaat op het ogenblik waarop de schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt werd. Men kan zich werkelijk afvragen hoe hieromtrent betwisting kon ontstaan ten aanzien van het voorschrift van artikel 1382 B.W., dat, in dit opzicht tenminste, duidelijk is.

Indien deze tekst aan de aansprakelijke de verbintenis tot schadeloosstelling oplegt, zodra hij schade veroorzaakte, dan kan deze verbintenis van de zijde van het slachtoffer even duidelijk geformuleerd worden met de vaststelling van zijn recht op schadeloosstelling op hetzelfde ogenblik (*vgl.* boven, nr. 123 e.v.). Men begrijpt dan ook zeer goed hoe in de Belgische rechtsleer als vanzelfsprekend aanvaard wordt dat aanspraak en aansprakelijkheid samen ontstaan.

M.a.w. het recht op schadeloosstelling ontstaat op het ogenblik waarop alle bestanddelen, door artikel 1382 B.W. vereist, samen verenigd zijn. En aangezien alleen de schade in aanmerking komt voor een latere verwezenlijking, mag men zeggen dat de aanspraak op schadeloosstelling ontstaat met de schade uit onrechtmatige daad.

De rechtsleer is duidelijk in die zin gevestigd.

Het principe wordt aldus vooropgesteld om het vertrekpunt van de verjaring te bepalen, behoudens het geval waar de onrechtmatige daad een strafbare inbreuk uitmaakt (DE PAGE, VII, nr. 1148, blz. 1047).

In 1957 oordeelde het Hof van Cassatie dat de schade, die een vrouw lijdt ingevolge het overlijden van haar man, niet ontstaat op het ogenblik waarop hem kwetsuren werden toegebracht, maar wel op het ogenblik van zijn afsterven. Het essentieel bestanddeel van de inbreuk op art. 419 Sw. is pas voltrokken op het ogenblik van het overlijden van het slachtoffer. Het Hof stelde verder dat de verjaringstermijn zowel van de strafvordering als van de burgerlijke rechtsvordering krachtens de art. 21 en 22 van de Wet van 17 april 1878 pas op de dag van het overlijden een aanvang had genomen (Cass., 17 mei 1957, *R.W.*, 1957-58, 901). Daarbij moet opgemerkt worden dat de Wet van 30 mei 1961 in art. 1 bepaalt dat de burgerlijke

rechtsvordering volgend uit een misdrijf, verjaart door verloop van 5 jaar, te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd; maar dat zij niet kan verjaren vóór de strafvordering (art. 26 V.T. Sv.).

Hetzelfde principe wordt nog vooropgesteld om vast te stellen dat de voorafbestaande aanspraak het lot van het gerechtelijk akkoord ondergaat (FREDERICQ, VII, nr. 285, blz. 455);

om het recht op schadeloosstelling tegen de failliete boedel te erkennen, ook al volgde het vonnis, dat schadeloosstelling toekent, op de faillietverklaring (*Rép.P.Dr.B., Faillite et Banqueroute,* nr. 408 en 419);

vroeger, om af te leiden dat de herstelvordering wegens vermogensschade door één van de aanstaande echtgenoten vóór het huwelijk geleden, in de wettelijke huwgemeenschap viel, en derhalve, na het aangaan van het huwelijk door de echtgenoot mocht ingesteld worden (*Rép.P.Dr.B., Contrat de mariage,* nr. 140; *vgl.* DEMOGUE, noot onder Cass.fr. (Req.), 13 april 1921, *Pand.Pér.,* 1922, I, 258).

Sinds de Wet van 14 juli 1976 inzake het huwelijksgoederenrecht blijven de schuldvorderingen van vóór het huwelijk, indien hun dagtekening van vóór het huwelijk vaststaat, eigen (art. 1399 B.W.; *Het nieuwe Belgische Huwelijksvermogensrecht,* Gent, 1978, blz. 204);

om de aanspraakgerechtigde toe te laten de boedelscheiding te vorderen, vermits zijn rechtsvordering bestaat, met begroting daarvan in de inschrijving die hij zal nemen luidens art. 39 Hyp.W. (*Rép.P.Dr.B., Hypothèques et privilèges immobiliers,* nr. 1116; DE PAGE, IX, nr. 971, blz. 696);

om de plaats te bepalen waar de verbintenis tot herstel ontstaat, en aldus art. 624 Ger.W. toe te passen (*vgl. Rép.P.Dr.B., Compétence en matière civile et commerciale,* nr. 1548 e.v.; FREDERICQ, II, nr. 127, blz. 291; VAN REEPINGHEN, *Verslag,* I, blz. 249; Brussel, 30 juni 1959, *J.T.,* 1959, 490 met noot Th. SMOLDERS). Ook art. 7 van de Wet van 1 juli 1956 inzake verplichte aansprakelijkheidsverzekering motorvoertuigen bepaalt dat de rechter van de plaats waar de schade ontstond bevoegd is (zie boven, nr. 53).

Daarenboven voorziet art. 5, 3° van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 sept. 1968 (Wet van 13 jan. 1971), dat de verweerder, die woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende staat, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan kan gebracht worden (zie daarover H.E. RAS, *Betekenis van het EEG-Executieverdrag, T.P.R.,* 1975, nr. 11, 869 e.v.).

De rechtspraak is in dezelfde zin (zie o.m. Cass., 31 maart 1939, *Pas.,* 1939, I, 366; Gent, 7 mei 1949, *R.W.,* 1948-49, 1301; Luik, 16 jan. 1952, *J.Liège,* 1952, 281; Gent, 18 jan. 1952, *R.W.,* 1951-52, 1553; Luik, 4 juni 1953, *J.Liège,* 1953-54, 9; Corr. Nijvel, 5 maart 1957, *J.T.,* 1957, 370; Luik, 14 jan. 1961, *Pas.,* 1961, II, 241; Corr. Dinant, 7 febr. 1966, *J.Liège,* 1966-67, 75; Brussel, 8 jan. 1970, *R.G.A.R.,* 1970, 8537).

Rekening houdend met hetgeen aangenomen mocht worden betreffende de toekomstige, zekere schade (zie boven, nr. 94 e.v.), kan met meer nauwkeurigheid het principe geformuleerd worden als volgt: de aanspraak ontstaat op het ogenblik waarop de schade ontstaan is, of, waar haar toekomstige verwezenlijking, naar redelijke verwachting, zeker vaststaat.

AFDELING III

GEVOLGEN

§ 1. Gevolgen voor de aanspraakgerechtigde

A. MAATREGELEN TOT BEWARING

151 Vanaf het aldus bepaalde ogenblik, waarop de aanspraak ontstaan is, kan de aanspraakgerechtigde maatregelen treffen tot bewaring van zijn recht of van de solvabiliteit van de aangesprokene, hetzij uit naam en om rekening van de aangesprokene, hetzij *iure proprio*.

152 Vooreerst kan hij, bij stilzitten van de aansprakelijke, diens vorderingen uitoefenen door zijdelingse rechtsvordering (art. 1166 B.W.).

Daartoe is immers niet vereist dat de schuldvordering effen zou zijn (DEMOGUE, VII, nr. 963, blz. 340; DE PAGE, III, 1967, nr. 191 C, blz. 217).

De zijdelingse rechtsvordering wordt echter in de praktijk slechts zeer zelden aangewend, wegens de grotere doelmatigheid van een onmiddellijk beslag onder derden (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 536; P. DELNOY, *Pour une vision nouvelle de l'action oblique, Ann.F.Dr.Liège*, 1969, 437).

Jongere wetboeken, zoals het Nederlandse en het Zwitserse kennen overigens deze rechtsvordering niet meer, en voorzien enkel het beslag.

Een zeldzame toepassing van art. 1166 B.W. biedt het arrest in de volgende zaak: een bosbrand werd veroorzaakt door een kind dat met lucifers speelde. De verzekeraar van de burgerlijke aansprakelijkheid van de ouders weigerde de eigenares van het bos te vergoeden. De benadeelde oefende *iure proprio* bij toepassing van art. 1166 B.W. de rechten uit van de door haar vruchteloos aangesproken ouders en vroeg de veroordeling van de verzekeraar tot het verlenen van dekking voor het risico en tot betaling van de gewaarborgde sommen aan de ouders. Het Hof te Luik erkende het eigen recht van de eigenares op basis van art. 1166 B.W. en eiste evenmin dat de schuldvordering effen zou zijn (Luik, 14 jan. 1961, *Pas.*, 1961, II, 238 e.v.).

153 De zijdelingse rechtsvordering is slechts een van de toepassingen van het principe volgens hetwelk de schuldeiser maatregelen mag treffen tot bewaring van zijn pand, het vermogen van zijn schuldenaar.

Aldus kan de aanspraakgerechtigde o.m. voor rekening van de aansprakelijke, diens aangifte bij zijn verzekeraar doen (DEMOGUE, VII, nr. 934, blz. 317; Cass.fr. (Req.), 30 nov. 1926, *Rec.Dall.*, 1928, 49, met noot JOSSERAND; L. RIPERT, nr. 127, blz. 144).

Verder wordt besproken in welke mate de benadeelde maatregelen mag treffen of laten treffen tot vaststelling van de schade of van haar omvang, en, in verband met de bewijsvoering dienaangaande. De betwistingen rijzen in dit verband op, betreffende de bewijskracht en de verhaalbaarheid van de daartoe gedane kosten (zie hierover verder, nr. 449 e.v.).

154 De aanspraakgerechtigde kan vanaf het ontstaan van zijn aanspraak niet alleen

alle rechtsvorderingen van de aangesprokene uitoefenen of maatregelen tot bewaring treffen uit zijn naam en voor zijn rekening (zie boven, nr. 151-153), maar bovendien kan hij ook *iure proprio* maatregelen treffen tot bewaring (over dit onderscheid zie: JOSSERAND, noot onder Cass.fr., 30 nov. 1926, *Rec.Dall.*, 1928, I, 49; Luik, 14 jan. 1961, *Pas.*, 1961, II, 238).

Inderdaad, vanaf het ontstaan van de aanspraak op schadeloosstelling, is het vermogen van de aansprakelijke het pand van de benadeelde persoon (art. 7 Hyp.W.).

Ook wanneer men in het recht van de benadeelde tegen de aansprakelijke een voorwaardelijk recht zou erkennen, — nl. onder voorwaarde dat de aansprakelijke zal veroordeeld worden, — laat art. 1180 B.W. aan de benadeelde toe, voor de vervulling van deze voorwaarde alle maatregelen tot bewaring te treffen (*vgl.* art. 1337 Ger.W.; VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 540).

Luidens art. 882 B.W. kan de benadeelde vanaf het ogenblik waarop zijn aanspraak ontstaat, verzet doen tegen de verdeling van een nalatenschap waarin de aangesprokene gerechtigd is (Rb. Seine, 30 nov. 1935, *Dall.Hebd.*, 1936, 111). Dit verzet is echter geen beslag. De verkoop van een onroerend goed uit de onverdeeldheid kan slechts aangevallen worden indien de verkrijgende derde niet te goeder trouw is. Door zo te beslissen heeft het Hof van Cassatie een einde gesteld aan lange betwistingen (Cass., 25 mei 1962, *R.W.*, 1962-63, 1387; *J.T.*, 1962, 567 met noot; zie DE PAGE, IX, 1974, nr. 1122, blz. 789 e.v.).

Vanaf het ontstaan van zijn aanspraak kan de benadeelde door de Pauliaanse rechtsvordering de bedrieglijke handelingen van de aansprakelijke, na dat ogenblik gepleegd, bestrijden (*vgl.* J. RADOUANT, noot onder Cass.fr. (civ.), 14 mei 1952, *Rec.Dall.*, 1953, J., 625; Rb. Dinant, 15 jan. 1970, *J.Liège*, 1969-70, 166; Luik, 4 febr. 1976, *J.Liège*, 1975-76, 209).

Art. 882 B.W., hierboven vermeld, houdt geen van art. 1167 B.W. afwijkende bepaling in (Cass., 25 mei 1962, *J.T.*, 1962, 567 met noot).

155 Vanaf dit ogenblik ook beschikt de aanspraakgerechtigde over de mogelijkheid van beslag onder derden tot bewaring en tenuitvoerlegging van zijn schuldvordering tegen de aansprakelijke.

Voorzeker het beslag onder derden reikt verder dan een louter bewarende maatregel, maar primair strekt dit beslag tot bewaring. Het wordt slechts een beslag tot tenuitvoerlegging in de tweede fase van de rechtspleging, die in wezen een nieuwe eis uitmaakt, waarvan de tenuitvoerlegging van het beslag afhangt (zie Tw. *Delegatieovereenkomst*, nr. 165; Rb. Antwerpen, 27 febr. 1951, *R.W.*, 1950-51, 1184, met noot; VAN REEPINGHEN, *Verslag*, nr. 537 e.v.).

Slechts wanneer men al te zeer de nadruk zou leggen op de tweede fase van de rechtspleging, die er het executoriale gedeelte van inleidt, zou het recht van de aanspraakgerechtigde om beslag onder derden te leggen tot vrijwaring van zijn vordering uit artikel 1382 B.W. tegen de aansprakelijke, kunnen betwist worden. Weliswaar wordt deze mogelijkheid wel eens uitgesloten omdat niet alleen de zekerheid van de schuldvordering, maar ook de liquiditeit vereist zou zijn (zie o.m. *Rép.P.Dr.B.*, *Saisie-arrêt*, nr. 98).

Zelfs wanneer geen titel bestaat kan de beslagrechter echter op verzoekschrift derdenbeslag toelaten wegens een nog niet effen vordering. De vordering moet nochtans in het verzoekschrift geraamd worden (art. 1447 Ger.W.). Krachtens art. 559 Rv., tweede lid, werd ook reeds de mogelijkheid geboden om aan de voorzitter van de rechtbank van 1e aanleg toelating te vragen om beslag onder derden te leggen wegens

een nog niet effen vordering, die dan door deze magistraat voorlopig begroot werd. De auteurs stelden dienaangaande strenge voorwaarden en sloten in het algemeen elke voorlopige begroting door de voorzitter uit, wanneer de schuldvordering slechts na grondig onderzoek zou kunnen vereffend worden (*Rép.P.Dr.B.*, *Saisie-arrêt*, nr. 114 e.v.; GARSONNET/CEZAR-BRU, IV, nr. 176, blz. 387 e.v.; BRAAS, *Procédures d'ouverture des successions et voies d'exécution*, eerste druk, nr. 253, blz. 147 e.v.).

Bij het nazicht van de raming van de schuldvordering zal de beslagrechter het onderscheid moeten maken tussen de zekerheid van het bestaan van de schade, en de zekerheid van haar omvang (zie boven, nr. 78 en 93). Tot beslag onder derden is vereist, de zekerheid van het bestaan van de schade en zodoende van de vordering. Zodra deze zekerheid verworven is, kan de beslagrechter toelating verlenen tot het beslag. Het beslag immers strekt tot aan de eis van geldigverklaring tot bewaring.

De schuldvordering mag niet louter eventueel zijn (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 538 e.v.).

De eis tot geldigverklaren is een nieuwe eis, waarin de vordering tot herstel van schade, die zeker is in haar bestaan, kan vereffend worden (art. 1490 Ger.W.). De vereffening kan overigens in een afzonderlijke rechtspleging voor een andere rechtbank gedaan worden, temeer daar de vorderingen, inzake bewarende beslagen, principieel uitsluitend voor de beslagrechter van de plaats van het beslag moeten gebracht worden (art. 633 Ger.W.).

Het bewarend beslag onder derden geldt gedurende drie jaar, met ingang van de dagtekening van de beschikking, en indien er geen beschikking is gegeven te rekenen vanaf het exploot, behoudens vernieuwing voor een bepaalde duur toegestaan (art. 1458-59 Ger.W.). Deze termijnen worden echter geschorst door de vordering over de zaak zelf tot de dag waarop de eindbeslissing van de rechter niet meer vatbaar is voor gewone rechtsmiddelen (art. 1493 Ger.W.). Het vonnis over de zaak zelf vormt, in voorkomend geval, ten aanzien van de uitgesproken veroordelingen, de uitvoerbare titel waarvan de enkele betekening het bewarend beslag in uitvoerend beslag doet overgaan (art. 1491 Ger.W.).

156 Een ander gevolg van de bepaling van het ogenblik waarop het recht op herstel ontstaat kan in dit verband terloops aangestipt worden.

Art. 581, 3° en 4° Rv., stelde dat de gelden en voorwerpen door de schenker onaantastbaar verklaard, alsmede de onderhoudsgelden en pensioenen, onaantastbaar zijn.

Deze onaantastbaarheid bleef bestaan ten aanzien van een vordering uit onrechtmatige daad, wanneer deze laatste vóór de schenkingsakte of vóór het openvallen van het legaat werd gepleegd, ook al werd de schadeloosstelling in een vonnis toegewezen na de schenkingsakte of het openvallen van het legaat (*Rép.P.Dr.B.*, *Saisie-Arrêt*, nr. 460). Bij het invoeren van het Ger.W. was er, volgens VAN REEPINGHEN, geen reden om de bepaling van art. 851, 3° Rv. te handhaven, wegens het feit dat, bij aanneming van de toelaatbaarheid van een beding van niet-vatbaarheid voor beslag, dit beding voor derden een *res inter alios acta* is, waartegen men geen verzet kan doen (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 525).

Wat de onderhoudsgelden en pensioenen betreft, wordt in art. 1410 Ger.W. bepaald dat de regeling, zoals uitgewerkt in art. 1409 Ger.W., toepasselijk is. Bijgevolg is een progressieve aantastbaarheid mogelijk, behalve in twee gevallen die in art. 1412 Ger.W. aangestipt worden.

B. FAILLISSEMENT EN GERECHTELIJK AKKOORD VAN DE AANSPRAKELIJKE

157 Aangezien het recht op herstel ontstaat op het ogenblik waarop de onrechtmatige daad schade veroorzaakt, zal het slachtoffer na het f a i l l i s s e m e n t van de aansprakelijke zijn recht tegen de failliete boedel kunnen laten gelden, zelfs indien zijn vordering pas na de faillietverklaring in een vonnis erkend wordt.

Het recht op schadeloosstelling is dan immers vóór de faillietverklaring ontstaan (*Rép.P.Dr.B.*, *Faillite et Banqueroute*, nr. 408 en 419; CLOQUET, *Nov.*, IV, nr. 1791, blz. 510; *vgl.* SAVATIER, II, nr. 641, blz. 227 e.v.; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2255-2, blz. 546 e.v.).

De benadeelde dient dan ook medegerekend te worden onder de schuldeisers van de gefailleerde in de zin van artikel 496 W.Kh.

Om dezelfde redenen zal de herstelvordering wegens schade vóór het concordaat ontstaan, het lot van het concordaat delen, ook al wordt het recht van de benadeelde pas in een later vonnis erkend en op een vast bedrag bepaald (FREDERICQ, VII, nr. 295, blz. 454 e.v.).

C. VERGOEDENDE EN GERECHTELIJKE INTERESTEN

158 Aangezien het recht op schadeloosstelling bestaat vanaf het ontstaan van de schade, heeft de benadeelde recht op vergoeding voor de schade die hij geleden heeft doordat hij moest wachten op het herstel. Vanaf dat ogenblik immers was de schadeloosstelling verschuldigd, en geenszins vanaf een ter zake overbodige ingebrekestelling.

De vergoedende en de gerechtelijke interesten strekken tot herstel van het nadeel door het slachtoffer geleden uit het uitstel of de vertraging van het verschaffen der schadeloosstelling. Deze interesten zijn een schadevergoeding onder bijzondere vorm, die door de rechter, onder de gedaante van interesten, toegekend worden binnen de perken van zijn macht om de herstelvorm te bepalen.

Deze stof wordt verder uitvoeriger behandeld (zie verder, nr. 328 e.v.).

§ 2. Gevolgen voor de schuldeisers van de aanspraakgerechtigde

159 Het recht op schadeloosstelling ontstaat voor de benadeelde, op het ogenblik waarop aan alle vereisten van artikel 1382 B.W. samen voldaan is, m.a.w. het ogenblik waarop de onrechtmatige daad toerekenbaar aan de verweerder, schade bij de benadeelden veroorzaakt heeft (zie boven, nr. 150).

Vanaf dat ogenblik behoort de aanspraak op schadeloosstelling als een van de actieve bestanddelen van het vermogen van de benadeelde, tot het algemeen pand van zijn schuldeisers.

Hiertegen zou vruchteloos aangevoerd worden, met beroep op artikel 1165 B.W., dat de schuldeisers van de benadeelde zich, in principe, niet zouden mogen inmengen in de rechtsverhouding die door de onrechtmatige daad van een derde, tussen deze laatste en hun schuldenaar ontstaan is.

Weliswaar herhaalt artikel 1165 B.W. betreffende de overeenkomsten een belangrijk algemeen beginsel, dat uit het Romeinse recht geërfd werd, en het verbintenissenrecht beheerst: *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest.*

Maar hierop worden in de artikelen 1166 en 1167 B.W. de uitzonderingen van de zijdelingse rechtsvordering en de Pauliaanse rechtsvordering bepaald.

Deze uitzonderingen zelf zijn niets anders dan toepassingen van een nog belangrijker algemeen beginsel uitgedrukt in de vroegere artikelen 2092 en 2093 B.W., thans artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet van 16 december 1851, volgens dewelke de schuldenaar met al zijn goederen instaat voor de uitvoering van zijn verbintenissen, terwijl deze goederen het gemeenschappelijk pand vormen van de schuldeisers. Het *exposé des motifs* van BIGOT-PRÉAMENEU in de wetgevende vergadering van 27 januari 1804 is in dat opzicht zeer duidelijk (LOCRÉ, dl. VI, blz. 157, Partie II, VIII, nr. 52).

Toch zal hier een onderscheid moeten gemaakt worden.

Ofschoon streng binnen het kader van artikel 1382 B.W. geen onderscheid gemaakt wordt tussen de verschillende vormen waaronder schade kan voorkomen, en alle schade voor herstel in aanmerking komt, laten bepaalde vormen van schade evenwel, in dit verband, afzonderlijke vraagstukken rijzen.

Men heeft deze wel eens veralgemeend tot de persoonsschade, hierdoor bedoelend de schade door de benadeelde geleden in zijn fysische of geestelijke persoonlijkheid, of door de aantasting van een persoon, op wiens ongeschonden voortbestaan hij belang had; m.a.w. de schade door verwonding of doding, en de extrapatrimoniale schade.

Onmiddellijk stelt men vast dat in de gevallen van persoonsschade het onmiddellijk getroffen goed waarin de benadeelde door de onrechtmatige daad benadeeld werd, buiten de handel staat, als een onvervreemdbaar eigen ,,bezit'' zelfs wanneer het, zoals het lichamelijk vermogen tot arbeid, hem toeliet daardoor inkomsten te verwerven.

Onmiddellijk ook treft de ogenschijnlijke vervanging van dit onvervreemdbaar onaantastbaar goed door een vermogensbestanddeel, en meteen rijst de vraag in hoever de vordering tot het bekomen van dit geldelijk herstel, en dit herstel zelf aan andere regelen zou kunnen beantwoorden.

Men kan zich dus afvragen of de schuldeisers van de benadeelde zich in die, op het eerste gezicht persoonlijke aangelegenheden kunnen inmengen.

A. ZIJDELINGSE RECHTSVORDERING EN FAILLISSEMENT VAN DE AANSPRAAKGERECHTIGDE

160 De vraag wordt gesteld of de schuldeisers van de aanspraakgerechtigde, wanneer deze laatste door stilzitten zijn schuldvordering in gevaar brengt, of onuitgeoefend laat, deze schuldvordering uit diens naam en in zijn plaats, door de zijdelingse rechtsvordering (artikel 1166 B.W.) zouden kunnen uitoefenen.

De vraag wordt zonder enige moeilijkheid bevestigend beantwoord waar de schuldenaar, benadeeld door een onrechtmatige daad, uitsluitend in zijn vermogen schade leed en een vordering tot schadeloosstelling uit dien hoofde, onuitgeoefend laat. De schuldeisers kunnen vanaf het ogenblik waarop de schade door hun schuldenaar geleden werd, in principe diens herstelvordering uitoefenen (Luik, 14 jan. 1961, *Pas.*, 1961, II, 238).

Wanneer de curator de vordering uitoefent van het gefailleerde slachtoffer van een ongeval, beschikt hij over diens voorrechten en o.m. over het voorrecht bepaald door artikel 20, 9°, Hyp.W. (Wet van 24 mei 1937; zie verder, nr. 323). De curator van het gefailleerde slachtoffer kan derhalve de verzekeraar van de aansprakelijke aanspreken om zich in zijn handen te bevrijden (Rb. Luik, 5 dec. 1949, *R.Faill.*, 1949-50, 170).

161 In de tweede zinsnede van artikel 1166 B.W. wordt echter bepaald dat de schuldeisers de rechten en vorderingen niet kunnen uitoefenen die uitsluitend

aan de persoon van hun schuldenaar, — ter zake de aanspraakgerechtigde op schadeloosstelling, — verbonden zijn.

Zo ontstond het vraagstuk van de uitoefening door de zijdelingse rechtsvordering van het recht op herstel van persoonsschade, zowel de vermogensschade als de extrapatrimoniale schade, door de schuldenaar geleden.

Wanneer men de principes duidelijk voor ogen houdt, kan het vraagstuk zonder veel omhaal van argumenten opgelost worden.

Men staat hier immers voor een van de niet zo heel talrijke gevallen waarin, in de wet, algemene beginselen als dusdanig opgenomen zijn (*vgl.* GENY, *Méthode d'interprétation*, tweede druk, I, nr. 22; J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé français au milieu de XXe siècle — Etudes offertes à Georges Ripert*, I, blz. 51 e.v.); de logische toepassing van deze principes leidt hier bovendien tot overeenstemming met de oplossingen van het gezond verstand en van het sociaal inzicht in de rechtsverhoudingen.

Het algemeen beginsel is in artikel 1165 B.W. opgenomen: derden kunnen zich niet mengen in de persoonlijke verbintenissen. De uitzondering daarop is verschaft door artikel 1166 B.W. dat deze inmenging wel toestaat aan de schuldeiser. Deze uitzondering zelf is een toepassing van het algemeen beginsel uit artikel 7 en 8 Hyp.W.

Wanneer men dit niet vergeet is de oplossing eenvoudig.

162 Noch het Burgerlijk Wetboek, noch de voorbereidende werken verschaffen enige bepaling van de rechten en vorderingen die uitsluitend aan de persoon verbonden zijn, en waarin de schuldeisers zich niet mogen mengen.

Er kan echter gemakkelijk vastgesteld worden dat onder deze strikt persoonlijke rechten moet gerekend worden het recht op herstel der extrapatrimoniale schade.

Het eerste criterium voor de zijdelingse rechtsvordering onderstelt immers dat de schuldenaar in zijn vermogen moet aangetast zijn.

Welnu de extrapatrimoniale schade is uiteraard een nadeel dat door het slachtoffer geleden werd in zijn lichaam, in zijn genegenheid, of in zijn eer, zonder dat in enig opzicht zijn vermogen of inkomen daardoor aangetast of verminderd werd (zie verder, nr. 607 e.v.).

Schuldeisers kunnen slechts die vorderingen uitoefenen die verband houden met de vrijwaring van hun pand, vermits de mogelijkheid daartoe in artikel 1166 B.W. bepaald, slechts zin heeft ten overstaan van artikels 7 en 8 Hypotheekwet.

En hier werd nu bij onderstelling door de onrechtmatige daad niet de minste inbreuk op het vermogen van de benadeelde, het pand van zijn schuldeisers gemaakt (*vgl.* GIVORD, nr. 180 e.v.).

Zij kunnen derhalve zeker de vordering van hun schuldenaar tot het bekomen van de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade niet uitoefenen wanneer deze dit nalaat, in zover deze vordering zou strekken tot het bekomen van een niet-economische veroordeling, zoals publikaties, of de platonische genoegdoening van een miniem symbolisch bedrag.

Het stilzitten van de schuldenaar vermindert het pand der schuldeisers niet, voor zover zijn vordering tot voorwerp zou hebben, een schadeloosstelling, die aan de

aard van de geleden schade aangepast is, en als dusdanig, geen economische waarde heeft.

Men laat echter opmerken dat de vordering zou kunnen strekken tot het bekomen van een geldsom. Ofschoon dit bedrag geen vermogensvermindering vergoedt, maar wel een niet-economisch verlies, zou het vermogen van de benadeelde, d.w.z. het pand van zijn schuldeisers, erdoor vergroten.

Zij zouden er aldus belang bij hebben dat de vordering niet onuitgeoefend blijft.

Toch dient de zijdelingse rechtsvordering uitgesloten te worden. Rechtsleer en rechtspraak zijn het er over eens om in het recht op genoegdoening een strikt persoonlijk recht te zien.

De motieven van deze oplossing komen echter niet alle even zuiver voor.

Het is helemaal overbodig beroep te doen op de onjuiste opvatting volgens welke de vordering tot bekomen van een genoegdoening voor extrapatrimoniale schade van penale aard zou zijn (aldus SAVATIER, II, nr. 529, blz. 104; over de stelling die in de genoegdoening een private straf wil zien, zie verder nr. 639 e.v.).

DEMOGUE merkt terecht op, dat niet de geldelijke uitslag van de vordering bepalend is, maar dat integendeel het recht op genoegdoening zelf dient in acht genomen te worden (DEMOGUE, VII, nr. 924, blz. 303).

De afdoende grondslag om in het recht en de rechtsvordering een zuiver persoonlijk karakter te erkennen, wordt ook gegeven door de beschouwing dat het recht op herstel van extrapatrimoniale schade een discretionair recht van de aanspraakgerechtigde is.

Hij heeft het meest volstrekte vermogen om in stilte zijn leed of het hem aangedane onrecht te ondergaan, waardoor zijn vermogen, het pand van zijn schuldeisers, niet verminderd werd. ,,Quand la personne lésée ne veut pas agir dans une affaire où ses sentiments intimes sont engagés, peut-on permettre aux créanciers d'agir malgré elle?'' (LAURENT, XVI, nr. 411, blz. 471). ,,Les créanciers ne peuvent pas l'obliger à crier sa douleur ou à se plaindre d'un préjudice moral'' (MAZEAUD/TUNC (1970), nr. 1934, blz. 1036).

In dezelfde zin oordeelt een eenparige rechtsleer (zie o.m. DE PAGE, III, nr. 189, blz. 203; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Obligations*, nr. 918; LALOU, nr. 113, blz. 72; JOSSERAND, II, nr. 466, blz. 226; DEMOGUE, IV, nr. 414, blz. 54; PERRET, blz. 130 e.v.; onder de oudere auteurs: SOURDAT, I, nr. 73, blz. 66; LAROMBIÈRE, III, nr. 46, blz. 437).

Het staat het slachtoffer ten slotte volkomen vrij het onrecht te vergeven, waaruit bij onderstelling zijn vermogen niet aangetast werd.

163 Hieruit volgt dan ook dat noch de curator van het faillissement, noch de schuldeisers, een dergelijke vordering zouden mogen instellen.

De gefailleerde behoudt het vermogen hierover alleen te oordelen, en ook alleen op te treden (*Rép.P.Dr.B.*, *Faillite et banqueroute*, nr. 380 en 382; FREDERICQ, VII, nr. 97, blz. 202 e.v.; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel du curateur*, 1979, nr. 89, blz. 54; VAN RIJN/HEENEN, *Principes*, 1965, IV, nr. 2683, blz. 246; FAGNART, *Examen de la*

jurisprudence concernant la responsabilité civile, 1971, nr. 63 *in fine;* P. COPPENS, *Examen de la jurisprudence, R.Crit.J.B.,* 1974, blz. 414 e.v.; MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1869, blz. 944 e.v.; Cass.fr., 4 dec. 1939, *Rec.Sirey,* 1939, I, 153 met noot ROUX; J. PERCEROU, noot onder het onduidelijke arrest Cass.fr., 28 okt. 1953, *Rec.Dall.,* 1954, J., 41).

De curator zal slechts kunnen tussenkomen, na het instellen van de eis door het failliete slachtoffer, in die mate waarin, zonder dat hij zelf daartoe enig initiatief kan nemen, de rechtbank een geldsom zou toekennen (Brussel, 22 juni 1956, *Jur.Comm.Brux.,* 1957, 21; Rb. Turnhout, 1 juni 1967, *R.G.A.R.,* 1969, 8243; Luik, 16 juni 1970, *J.Liège,* 1970-71, 105; *Pas.,* 1971, II, 20; Corr. Brussel, 19 juni 1974, *R.G.A.R.,* 1975, 9401).

De beslissing van de gefailleerde om zowel voor zijn extrapatrimoniale, als voor zijn materiële schade vergoeding te eisen, moet niet noodzakelijk blijken uit een door hem ingestelde rechtsvordering. Indien een gefailleerde een overeenkomst afsluit met een aansprakelijke (of zijn verzekeraar) waarbij hem na minnelijke schadebegroting een zeker bedrag wordt toegekend, dan is de gehele of zelfs gedeeltelijke overdracht (b.v. ten belope van de extrapatrimoniale schadeloosstelling) van deze vordering nietig (Kh. Brussel, 18 juni 1955, *R.G.A.R.,* 1958, 6185).

Dit vonnis werd door het Hof bevestigd, doch op de motivering dat alle daden voorzien in art. 445 W.Kh. van rechtswege nietig zijn in de verdachte periode, deze bepaling van openbare orde zijnde, zodat de rechter deze handelingen van rechtswege nietig moet verklaren (Brussel, 22 juni 1956, *Jur.Comm.Brux.,* 1957, 21).

Wat het recht betreft om tegen het vonnis beroep aan te tekenen, zie Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel,* nr. 186 en 188.

Ook zijn er gevallen waar de aan de benadeelde toe te kennen geldsom, na tussenkomst van de curator, geenszins aan laatstgenoemde mag toegewezen worden, ondanks de onbetwistbare vermogensaanwas, die hieruit voor de gefailleerde ontstaat.

Dit zou b.v. het geval zijn waar de vergoeding voor ontsiering begroot wordt met inachtneming van de kosten en de pijn van een esthetisch heelkundig ingrijpen, terwijl het slachtoffer vrij blijft om zich al dan niet aan dit heelkundig ingrijpen te onderwerpen, en er de pijn en de risico's van te ondergaan (zie hierover verder, nr. 479 e.v.).

Omtrent deze vraag blijft echter betwisting bestaan (*vgl.* E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial,* achtste druk, door J. PERCEROU (1931), nr. 1785, blz. 1106 en voetnoot I; Brugge, 27 jan. 1954, *R.W.,* 1953-54, 1487; *R.W.,* 1955-56, 894).

Het beroep tegen het zoëven aangehaalde vonnis van de Rechtbank te Brugge, dat ten aanzien van de principes zeer stevig gemotiveerd was, werd door het Hof te Gent op andere gronden afgewezen (Gent, 9 mei 1955, *R.W.,* 1955-56, 892).

De motivering van dit arrest betreft echter de vraag of de curator de vordering van de gefailleerde mag instellen, wanneer zij tot herstel strekt van vermogensschade benevens extrapatrimoniale schade (zie hierover verder, nr. 165 en 166).

Maar in elk geval kan de tussenkomst van de curator geen afbreuk doen aan de vrijheid van het slachtoffer om, tot aan het eindvonnis, van zijn eis tot ge-

noegdoening af te zien, of om in plaats van een geldelijke genoegdoening er een te vorderen van extrapatrimoniale aard (over de vorm van de genoegdoening, zie verder, nr. 678 e.v.).

Luidens artikel 11 van het Regentsbesluit van 25 september 1946 tot coördinatie van de wetten op het gerechtelijk akkoord mag de schuldenaar, vanaf zijn aanvraag om concordaat, tot aan het vonnis, zijn goederen niet meer vervreemden, hypothekeren, noch zich verbinden. Hiervan is uitgesloten de uitoefening van de aan de personen verbonden rechten (FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, tweede druk, 1980, III, nr. 1914, blz. 491).

Dit zal derhalve ook het geval zijn voor de aanspraak op genoegdoening voor extrapatrimoniale schade.

164 Hiertegen werd wel eens voorgehouden dat de vordering zelf die tot genoegdoening voor extrapatrimoniale schade strekt, en een strikt persoonlijke vordering is, van gedaante zou veranderen door het feit alleen dat zij ingesteld werd. Hierdoor zou zij een patrimoniale vordering worden (SAVATIER, II, nr. 529, blz. 104 en nr. 623, blz. 209; L. RIPERT, nr. 130, blz. 146).

Deze stelling kan niet aanvaard worden.

De vordering houdt weliswaar virtueel een vermogenswaarde in, voor zover de rechter, binnen de perken van zijn soevereine beoordelingsmacht, op deze vordering een geldelijke genoegdoening zou toewijzen. Zoals verder uiteengezet wordt, is hij daartoe geenszins verplicht, en de tussenkomst van schuldeisers die bij veronderstelling slechts het recht van hun schuldenaar uitoefenen, kan aan deze beoordelingsmacht geen afbreuk doen.

Het staat hem steeds vrij een meest passend herstel in een andere vorm te bevelen, zoals b.v. de publikatie van het vonnis tot herstel van eerkrenking. Bovendien blijft het slachtoffer vrij tot op het laatste ogenblik, om het onrecht te vergeven dat bij veronderstelling aan zijn vermogen, en dus aan het pand van zijn schuldeisers, geen nadeel toebracht.

Ten slotte zou het slachtoffer, in plaats van de geldelijke vergoeding, steeds een herstel in specifieke vorm kunnen vragen. Aldus b.v. zou, zoals reeds aangestipt werd, in plaats van een genoegdoening wegens ontsiering, kunnen gevorderd worden dat het slachtoffer zich op kosten van de aangesprokene aan een heelkundige bewerking zou mogen onderwerpen.

Als dusdanig behoort de vordering waarvan het resultaat niet uitsluitend van patrimoniale aard is, geenszins tot het pand van de schuldeisers van het slachtoffer. Bovendien kan de aangesprokene in bepaalde gevallen van extrapatrimoniale schade, — zoals eerkrenking, — de schade in de loop van het geding vrijwillig beperken, zoniet uitwissen, door vrij zijn verontschuldiging aan te bieden aan het slachtoffer (zie verder, nr. 1217).

In elk geval dient uiteraard aan het slachtoffer de gelegenheid gelaten te worden om betreffende de aard en de omvang van de genoegdoening welke schikking ook te treffen met de aangesprokene. Zolang immers de vordering niet opgehouden heeft te bestaan door het gewijsde, is geen enkele grond aanwezig om te besluiten tot een verandering van haar aard.

Maar eenmaal de vordering besloten door de toekenning van een som geld, valt deze, zoals verder zal vastgesteld worden, in principe in het vermogen van de schuldenaar en aldus in het pand van zijn schuldeisers (zie verder, nr. 172).

165 Minder duidelijk is de vraag waar de extrapatrimoniale schade niet afzonderlijk voorkomt, maar gepaard gaat met vermogensschade.

Het onderscheid tussen beide vormen van schade bestaat, zoals uitvoeriger zal opgemerkt worden, niet in de aard van het getroffen goed, of de gekrenkte waarde, maar in de uiteindelijke gevolgen van deze krenking.

Aldus kan eerkrenking van een handelaar of geneesheer vermogensschade betekenen (zie verder, nr. 1207); hetzelfde is mogelijk voor de ontsiering van het lichaam, b.v. van een mannequin (zie verder, nr. 1162).

De rechtsvordering zal, beperkt tot de vermogensschade, door de schuldeiser kunnen uitgeoefend worden, in de mate van haar vatbaarheid voor beslag (zie verder, nr. 168 e.v.). Het feit dat één zelfde onrechtmatige daad alle schade veroorzaakte, belet niet dat de gevolgen ervan zouden kunnen onderscheiden worden. En vermits de benadeelde zelf zijn eis tot herstel van de vermogensschade zou kunnen beperken, kunnen de schuldeisers of de curator dit evenzeer in zijn plaats doen.

Hieruit blijkt eens te meer dat de verder te bespreken vermenging van de verschillende schadeposten een verwerpelijke werkwijze is (zie verder, nr. 625 e.v.).

Aldus zou de schuldeiser van een mannequin, een toneelspeler of kelner die ten gevolge van lichamelijke ontsiering, of van een kok of wijnproever die ten gevolge van het verlies van zijn smaakvermogen, hun betrekking en hun inkomen verliezen of verminderd zien, met inachtneming van gebeurlijke gedeeltelijke onaantastbaarheid (waarover verder, nr. 168 e.v.), in plaats van het slachtoffer schadeloosstelling kunnen vorderen, zonder zich in te mengen in de aanspraak of herstel van extrapatrimoniale schade, zoals pijn en smart en gederfde levensvreugde.

166.1 Inderdaad, de persoonsschade die vermogensschade is, zoals inkomstenschade uit werkonbekwaamheid, betekent een vermindering van het vermogen, dus van het pand van de schuldeisers. Deze hebben er derhalve belang bij dit te herstellen door de zijdelingse rechtsvordering. Bovendien is de hier besproken vordering tot schadeloosstelling niet uitsluitend aan de persoon verbonden, doch behoort zij integendeel, hoofdzakelijk tot zijn vermogen.

Deze oplossing werd vroeger niet bijgetreden wanneer nog in alle vorderingen in verband met persoonsschade een veeleer penaal element gezien werd (aldus b.v. SOURDAT, I, nr. 73, blz. 66).

Thans wordt deze oplossing als onbetwist door de moderne auteurs bijgetreden (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Obligations*, nr. 927; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Faillite et Banqueroute*, nr. 382; DE PAGE, III, nr. 189, blz. 215; VAN RIJN/HEENEN, nr. 2683, blz. 246; CLOCQUET, *Nov., Les concordats et la faillite*, IV, 1975, nr. 1338, blz. 383; DEMOGUE, VII, nr. 950, blz. 332 e.v.; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 657, blz. 889; LALOU, nr. 113, blz. 72; MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1914, blz. 1036 e.v.; *anders:* JOSSERAND, II, nr. 668, 2°, blz. 324, die dit onder de twijfelachtige gevallen rangschikt; *vgl.* COPPENS, *Les faillites et les concordats, R.Crit.J.B.*, 1974, nr. 46, blz. 414 e.v.).

Weliswaar zijn verschillende rechten en vorderingen waaraan vermogensbelangen innig verbonden zijn, niet vatbaar voor zijdelingse rechtsvordering.

Aldus b.v. de ontkenning van vaderschap, echtscheiding, scheiding van goederen e.d.m. In al deze

vorderingen echter is het moreel element overwegend. De schuldeiser kan geen inbreuk plegen op de intimiteit van het gezinsleven, ook al staan zijn belangen erdoor op het spel.

Waar de invaliditeit zich, met inachtneming van het uitgeoefende beroep, uitdrukt in een actuele of toekomstige onbekwaamheid om inkomsten te verwerven, is het recht op herstel van deze schade een vermogensrecht. Indien het recht op leven en de onschendbaarheid van de fysieke persoon immers, evenmin als de eer en de vrijheid, niet zoals vermogensbestanddelen kunnen afgestaan of overgedragen worden, indien zij m.a.w. buiten de handel, en als dusdanig extrapatrimoniale rechten zijn, dan belet zulks niet dat recht op vergoeding van de schade geleden in deze rechten — d.w.z. de waarde van deze schade zelf — van vermogensaard zou zijn (DE PAGE, I, nr. 126, blz. 170 e.v.; *vgl.* ook H. CAPITANT, noot onder Cass.fr. (Req.), 13 april 1921, *Rec.Dall.*, 1922, I, 5 en 6; Kh. Luik, 17 sept. 1955, *J.Liège*, 1955-56, 43).

Waar de werkonbekwame arbeider schade lijdt door verlies van inkomsten, wordt zijn schade, en dus zijn aanspraak, naar de omvang van dit verlies gewaardeerd.

Degenen die onderhouden worden door het gedode slachtoffer, lijden vermogensschade die gemeten wordt naar de maat van het vermogensbelang dat zij hadden bij het verder leven van de overledene. De waarde van deze vordering is een vermogensbestanddeel.

In tegenstelling met de schade die geen vermogensschade is, kunnen de schuldeisers of de curator deze door de zijdelingse rechtsvordering uitoefenen, onder voorbehoud van een gebeurlijke gedeeltelijke onaantastbaarheid (zie verder, nr. 168 e.v.).

Er is geen sprake van het slachtoffer in stilte het leed of het onrecht te laten lijden indien dit het goedvindt. Hier is immers het vermogen aangetast, waarvoor alleen herstel van patrimoniale aard kan gegeven worden, terwijl in het andere geval de genoegdoening van niet-economische aard kan zijn.

In de toepassingen van deze principes blijft een zekere verwarring in de rechtspraak bestaan. Er werd gevonnist dat de vordering tot herstel van de schade door krenking van eer en goede naam van de gefailleerde, niet door de curator kan ingesteld worden omdat, ook al is er vermogensschade, het eerst en vooral aan het slachtoffer behoort te beslissen of hij ja dan neen het herstel van de krenking van zijn zedelijk belang zal nastreven, waaraan steeds ondergeschikt blijven de vermogensrechtelijke gevolgen die uit deze krenking zouden kunnen spruiten.

Maar de curator kan in het geding tussenkomen nadat het door de gefailleerde ingesteld is, tot vrijwaring van de rechten van de failliete boedel op de geldelijke voordelen die uit de toekenning van de eis kunnen spruiten; maar het uitoefenen van de vordering zelf blijft persoonlijk toekomen aan de gefailleerde (Rb. Brugge, 27 jan. 1954, *R.W.*, 1953-54, 1478; *R.W.*, 1955-56, 894; *vgl.* Cass., 26 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1683; *Arr.Cass.*, 1977, blz. 988; Rb. Turnhout, 1 juni 1967, *R.G.A.R.*, 1969, 8243; Luik, 16 juni 1970, *J.Liège*, 1970-71, 105).

Het beroep tegen het zoëven aangehaalde Brugse vonnis werd afgewezen op grond van heel andere motieven (Gent, 9 mei 1955, *R.W.*, 1955-56, 892). Het Hof oordeelde dat, waar de gefailleerde benevens extrapatrimoniale schade ook vermogensschade had geleden en deze het voornaamste belang vertoonde, de curator ontvankelijk was in zijn eis. Ten aanzien van het concrete geval onderstreept het Hof de bestanddelen van de aangevoerde schade die vermogensschade uitmaakten, zodat de motieven van het Brugse vonnis slechts *in concreto* als onjuist moeten beschouwd worden.

Het Hof te Gent liet echter ten onrechte na het principe voorop te stellen dat, waar extrapatrimoniale schade met vermogensschade gepaard gaat, een onderscheid tussen beide moet gemaakt worden. De vordering van de curator is slechts ontvankelijk in de mate waarin zij tot herstel van de laatste strekt; zij

moet dus daartoe beperkt worden. Wellicht werd aan dit principe niet herinnerd omdat, ten gronde de eis uiteindelijk afgewezen werd.

Een verwarde motivering wordt aangetroffen in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Luik.

Nadat een handelaar die een eis ingesteld had tot schadeloosstelling, failliet verklaard was, werd diens vordering voor het Hof van Beroep hernomen door de curator. Blijkbaar was toen geen betwisting opgerezen in verband met de strikt persoonlijke rechten van de gefailleerde, en kon het gevorderde aan de curator toegewezen worden. Het Hof van Beroep had echter voorbehoud gemaakt, bij het toewijzen van de vordering, betreffende de rechten van de gefailleerde zelf. De Rechtbank van Koophandel oordeelde nadien, — op de vordering van de gefailleerde, — dat al de toegekende bedragen in de failliete boedel vielen, zonder enig onderscheid te maken, omdat het instellen van de eis met een geldsom als voorwerp, aan de rechtsvordering een patrimoniale aard verleent; anderzijds zou geen spraak kunnen zijn van onaantastbaarheid van de vordering tot herstel van inkomstenschade, omdat de rechtbank weigert hierin een alimentair karakter te erkennen (Kh. Luik, 17 sept. 1955, *J.Liège,* 1955-56, 43; wat dit laatste vraagstuk betreft, zie verder, nr. 170).

166.2 Een andere vraag in deze materie is het probleem te weten of de vergoeding, aan de gefailleerde toegekend, integraal dan wel slechts voor een fractie, aan de boedel toekomt.

Art. 444 Faill.W. biedt het uitgangspunt voor de oplossing.

Te rekenen van het vonnis van faillietverklaring verliest de gefailleerde van rechtswege het beheer over al zijn goederen, zelfs over de goederen die hij mocht verkrijgen, terwijl hij in staat van faillissement is.

Door het Hof van Beroep te Luik werd geoordeeld dat men inzake de toegekende vergoedingen een onderscheid moet maken tussen de sommen, die betrekking hebben op het inkomstenverlies dat zich manifesteert voor het afsluiten van de faling en anderzijds, het bedrag dat slaat op het verlies dat zich voordoet na het afsluiten van het faillissement.

In casu besliste het Hof dat wegens de jeugdige leeftijd van de gefailleerde de boedel slechts recht had op een tiende van het toegekende kapitaal (Luik, 16 juni 1970, *J.Liège,* 1970-71, 105; *Pas.,* 1971, II, 20; in dezelfde zin Corr. Brussel, 19 juni 1974, *R.G.A.R.,* 1975, 9401 met noot 'T KINT).

Het Hof van Cassatie oordeelt daarentegen dat het integrale bedrag van de vergoeding toegekend onder de vorm van kapitaal aan de massa moet tegoed komen (Cass., 26 mei 1971, *R.W.,* 1977-78, 1685; zie ook reeds Rb. Turnhout, 1 juni 1967, *R.G.A.R.,* 1969, nr. 8243). Inderdaad, door de faillietverklaring wordt het vervolgings- en beslagrecht van de schuldeisers geschorst zolang het faillissement duurt (art. 452-453 Faill.W.), met het gevolg dat zij zich niet zouden kunnen verhalen op de sommen die de gefailleerde tijdens die periode in handen zou krijgen als vergoeding voor toekomstige schade.

In een noot betoogt J. LIEVENS dat de hoger geciteerde rechtspraak juridisch mank loopt en ingegeven is door een billijkheidsreflex, in die zin dat, wanneer de boedel het integrale kapitaal zou toegewezen krijgen, deze boedel voordeel zou halen uit een bedrag dat de gefailleerde toekomt voor inkomensverlies, die hij ook nog na het afsluiten van het faillissement zal lijden (zie ook Kh. Namen, 9 jan. 1975, *Verz.,* 1975, 219).

Om mogelijk zware gevolgen voor de gefailleerde te vermijden, kan men met LIEVENS besluiten dat de rechter het probleem kan omzeilen door een rente i.p.v. een kapitaal toe te kennen (J. LIEVENS, noot onder Cass., 26 mei 1977, *R.W.,* 1977-78, 1687; Over het vergoeden door een rente i.p.v. kapitaal, zie verder, nr. 313 e.v.).

167 Een tweede factor komt echter de principiële oplossing verstoren of althans haar draagwijdte beperken.

De zijdelingse rechtsvordering werd immers terecht de voorbode van een beslag genoemd (JOSSERAND, II, nr. 666, 1°, blz. 322).

De schuldeiser die door de uitoefening van de zijdelingse rechtsvordering bekomt dat aan zijn schuldenaar een vergoeding wordt toegekend, heeft zich die moeite getroost

en dit risico gelopen ten einde op dit bedrag beslag te leggen en er zijn eigen vordering op te verhalen.

Geen enkele schuldeiser zal derhalve de zijdelingse rechtsvordering uitoefenen, wanneer de uitslag ervan wegens de onaantastbaarheid hem geen nut kan opleveren. In die zin wordt de zijdelingse rechtsvordering door de onaantastbaarheid beperkt of uitgesloten (PLANIOL/RIPERT VII, nr. 903, blz. 210; DEMOGUE, VII, nr. 957, blz. 335; *vgl.* de motieven van Cass.fr., 11 juli 1951, *Rec.Dall.*, 1951, J., 586).

Dit noopt dan tot een onderzoek nopens de vatbaarheid voor beslag van de vorderingen tot herstel van de persoonsschade en van de er op toegewezen vergoeding.

Er weze opgemerkt dat art. 1445 Ger.W. een einde maakt aan een betwisting door uitdrukkelijk te stellen dat de schuldeiser die krachtens art. 1166 B.W. optreedt ook beslag onder derden kan leggen wanneer zijn schuldenaar zelf niet ageert (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 539).

B. BESLAG OP DE HERSTELVORDERING EN OP DE SCHADELOOSSTELLING

168 De niet-vatbaarheid voor beslag van de goederen van de schuldenaar is een wettelijke uitzondering op de grondregel van artikel 7 en 8 Hyp.W., krachtens welke alle tegenwoordige en toekomstige goederen het pand van de schuldeiser uitmaken (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 514; A. FETTWEIS, *Droit judiciaire privé*, 1973, nr. 455, blz. 308).

Art. 1408 Ger.W. luidt:

Behalve op zaken, niet vatbaar voor beslag verklaard door bijzondere wetten, mag ook geen beslag worden gedaan:

1° op het nodige bed en beddegoed van de beslagene en van zijn gezin, de kleren en het linnengoed volstrekt noodzakelijk voor hun persoonlijk gebruik, een verwarmingstoestel, alsook het vaatwerk en huishoudgerei dat volstrekt noodzakelijk is voor het gezin, een en ander met uitsluiting van de luxemeubelen en luxe-artikelen;

2° op de boeken, werktuigen en gereedschappen die de beslagene volstrekt nodig heeft voor zijn beroep, tot een waarde van 10.000 fr. op het tijdstip van het beslag en naar keuze van de beslagene;

3° op de voorwerpen die dienen voor de uitoefening van de eredienst;

4° op de levensmiddelen en brandstof die de beslagene en zijn gezin voor een maand nodig hebben;

5° op een koe, of 3 schapen, of 2 geiten, naar keuze van de beslagene, met het stro, voeder en graan, nodig voor het strooisel en de voeding van dat vee gedurende een maand.

Verder bepaalt art. 1409 Ger.W. tot welk beloop de bedragen aantastbaar zijn die werden uitgekeerd ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst, een leerovereenkomst, een statuut, een abonnement, alsmede die welke worden uitgekeerd aan personen die tegen loon onder het gezag van een ander persoon arbeid verrichten buiten een arbeidsovereenkomst.

Art. 1410 Ger.W. somt verder een reeks uitkeringen op die niet of slechts gedeeltelijk aantastbaar zijn door overdracht of beslag.

Wat de rechtsvordering op grond van art. 1382 B.W. tot herstel van persoonsschade betreft, heeft de wetgever niets uitdrukkelijk bepaald.

Moet daaruit besloten worden dat zij steeds vatbaar is voor beslag?

De praktijk schijnt door het vraagstuk weinig beroerd. In de rechtspraak is bijna geen spoor van betwistingen, en de auteurs, voor zover ze de vraag behandelen, beperken zich tot een letterlijke toepassing van de tekst van de art. 1408 e.v. Ger.W. (vroeger art. 581 R.V.; zie o.m. BELTJENS, *Code de Procédure Civile,* II, art. 582, nr. 28 vermeldt de twistvraag; *Rép.P.Dr.B.,* Tw. *Saisie-Arrêt,* nr. 446 en 451).

Inderdaad de onaantastbaarheid, als uitzondering op art. 7 Hyp.W. (vroeger art. 2029 B.W.), zou als dusdanig restrictief toe te passen zijn (LEURQUIN, *Code de la saisie arrêt,* nr. 53, blz. 89 e.v.; A. FETTWEIS, *Droit judiciaire privé,* 1973, II, nr. 455, blz. 308; 't KINT, noot onder Corr. Brussel, 19 juni 1974, *R.G.A.R.,* 1975, 9401[2]).

169 Evenwel kan de zakelijke indeplaatsstelling of zaakvervanging hier toepassing vinden.

Er is zakelijke indeplaatsstelling of zaakvervanging wanneer een nieuw goed, vordering, schadeloosstelling, roerend of onroerend goed, — in het vermogen treedt om er in dezelfde rechtsbetrekking te komen als een ander vermogensbestanddeel dat er uit verdwenen is en door het nieuwe element vervangen wordt.

M.a.w. omdat het nieuwe vermogensbestanddeel verworven werd ten koste van het verlies van een ander, dat in een welbepaalde rechtsbetrekking stond of rechtsbestemming had, zal het nieuwe goed onderworpen blijven aan de eigen regelen waardoor het vervangen goed beheerst was: *subrogatum capit naturam subrogati* (PLANIOL/RIPERT, III, nr. 26, blz. 30; DE PAGE, V, 1975, nr. 594, blz. 573; DEKKERS, *Over de grondslag van zakelijke plaatsvervulling, R.W.,* 1954-55, 1329 e.v.; ASSER/LOSECAAT VERMEER, *Verbintenissenrecht,* blz. 362).

Welnu telkens wanneer de schadeloosstelling tot herstel strekt voor verlies van inkomsten, die uit kracht van de wet niet vatbaar zouden zijn voor beslag, zullen de vordering tot schadeloosstelling, en de schadeloosstelling zelf, in dezelfde mate onaantastbaar zijn. Aldus b.v. de vier vijfden van de vergoeding voor verlies van beroepsinkomsten, verschuldigd aan een werkonbekwame arbeider of een bediende (LALOU, nr. 113, blz. 70 e.v.; Agen, 18 jan. 1956, *Rec.Dall.,* 1956, J., 313; Rb. Turnhout, 1 juni 1967, *R.G.A.R.,* 1969, 8243; *Nov.,* IV, 1096; *vgl. a contrario* de motieven van Kh. Luik, 17 sept. 1955, *J.Liège,* 1955-56, 43; *anders:* MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2511, blz. 915 e.v. Deze auteur zal, eigenaardig genoeg, dezelfde principes van de zaakvervanging wel toepassen op de bestemming van de schadeloosstelling in het huwelijksvermogensrecht, III, nr. 2509, blz. 638).

Hierdoor wordt geenszins bedoeld dat de vergoeding gesubrogeerd zou zijn in het vermogen tot arbeid zelf. Dit vermogen, de gaafheid van de persoon, is geen vermogensgoed en kan geen aanleiding geven tot zaakvervanging (*vgl.* H. CAPITANT, noot onder Cass.fr. (Req.), 13 april 1921, *Rec.Dall.,* 1922, 1, 6 1° kol.).

Alleen de inkomsten, hierdoor verworven, komen voor zaakvervanging in aanmerking.

De wetgeving op de arbeidsongevallen geeft aan het slachtoffer-werknemer de gelegenheid in het gemeen recht algehele schadeloosstelling te eisen vanwege de aansprakelijke derde die noch zijn werkgever, noch zijn werkmakker is. De in het gemeen recht toegekende vergoeding mag niet gecumuleerd worden met de wettelijke vergoeding.

170 Verschillende argumenten leiden tot de toepassing van de zaakvervanging.

Terloops dient opgemerkt te worden dat de uitkeringen, renten en toelagen betaald krachtens de wetgeving op de vergoeding van schade uit arbeidsongevallen beperkt overdraagbaar of beslagbaar zijn (art. 1410, § 1, 5° Ger.W.). Daarenboven is het gedeelte van de vergoedingen, uitgekeerd krachtens de wetgeving of de vergoeding van schade uit arbeidsongevallen die 100 % overschrijdt en toegekend wordt aan zwaar verminkten, wier toestand de hulp van een ander persoon volstrekt en normaal vergt, niet vatbaar voor overdracht of beslag (art. 1410, § 2, 4° Ger.W.).

Vroeger kon de vatbaarheid voor beslag afhangen van het toeval, of een ongeval een gemeenrechtelijk dan wel een arbeidsongeval was. Werd een arbeider aangereden op de weg naar of van het werk, dan was de vergoeding uit de Arbeidsongevallenwet volledig onaantastbaar. Gebeurde hetzelfde ongeval in al dezelfde omstandigheden op een verlofdag, dan verloor de vergoeding, die precies dezelfde rol moest vervullen, de zekerheid van haar bestemming. Deze toestand was onlogisch en onbillijk.

Die beschouwing terzijde gelaten, wordt deze oplossing vereist door de strekking van de verschillende wettelijke bepalingen die bepaalde inkomsten geheel of gedeeltelijk onaantastbaar verklaren, terwille van hun bestemming.

Vanuit het standpunt der juridische techniek moet vastgesteld worden dat alle voorwaarden verwezenlijkt zijn voor de ruimste toepassing van de zakelijke indeplaatsstelling.

Onaantastbaarheid b.v. van een gedeelte van het loon ingevolge de art. 1408, 1410 en 1412 Ger.W. betekent een onderverdeling van het vermogen (DE PAGE, V, 1970, nr. 583, blz. 567) en verzekert aldus de eigen bestemming van het deel dat niet vatbaar is voor beslag, b.v. het levensonderhoud.

„Men mag geen beslag leggen op de handmolen noch op de bovenste molensteen, want dan legt men beslag op het leven" (Deut., 24, 6).

Dit gedeelte, — beantwoordend aan het begrip *Sondervermögen* der Duitse rechtswetenschap, — is datgene dat, in het belang van een bepaald doel en in bepaalde verhoudingen (b.v. niet ten aanzien van schuldeisers van levensonderhoud), in verband met de verhaalsaansprakelijkheid, verschillend behandeld wordt dan het overige gedeelte van het vermogen (ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Algemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, veertiende druk, I (1952), § 132, blz. 559; wat het begrip *Verhaalsaansprakelijkheid* betreft, zie ASSER/LOSECAAT/VERMEER, *Verbintenissenrecht*, eerste stuk, blz. 15 e.v.).

De principes der zaakvervanging zijn hierop normaal van toepassing (*ibid.*, blz. 561, en voetnoot 7).

Men staat hier dus voor het normale toepassingsgebied van de principes der zakelijke indeplaatsstelling (*vgl.* in het algemeen PLANIOL/RIPERT, nr. 29, blz. 33; DE PAGE, V, 1975, nr. 601 e.v., blz. 578 e.v.; A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Parijs (1913), blz. 270). Hierdoor alleen immers kan de bestemming van het te herstellen vermogensbestanddeel verzekerd worden.

Een volledige toepassing van artikel 1382 B.W. vereist ten slotte de aanwending van deze constructie (*vgl.* DEMOGUE, Noot onder Cass.fr. (Req.), 13 april 1921, *Pand.Pér.*, 1922, I, 258, laatste kol.). Zonder zakelijke indeplaatsstelling zou artikel 1382 B.W. onvolledig toegepast worden.

Inderdaad schadeloosstellen betekent de benadeelde opnieuw in dezelfde toestand plaatsen waarin hij zou gebleven of gekomen zijn ware de schade niet veroorzaakt (zie verder, nr. 220). Welnu, wanneer zijn inkomsten geheel of ten dele niet vatbaar waren voor beslag, zal het slachtoffer slechts dan een volledig herstel ontvangen voor zijn verlies, indien de indeplaatstredende vergoeding in dezelfde maat haar bestemming behoudt en dienvolgens in dezelfde maat onaantastbaar is.

171 Tot dusver werd de mogelijkheid van beslag op de schadevergoeding voor inkomstenschade uit werkonbekwaamheid behandeld.

Een gelijkaardige oplossing zal gelden ten aanzien van de aanspraak der nabestaanden, na overlijden van het onmiddellijk getroffen slachtoffer, hun verzorger.

Inderdaad, artikel 581, 4° Rv. bepaalde dat de onderhoudsgelden en pensioenen onaantastbaar zijn, zelfs al verklaart het testament of de schenkingsakte ze niet onaantastbaar. Hierdoor werden niet alleen bedoeld de uitkeringen tot onderhoud die voortspruiten uit een testament of een schenking, — in dat opzicht was de tekst trouwens nooit besproken in de voorbereidende werken, — maar ook alle uitkeringen verschuldigd krachtens een wettelijke onderhoudsverplichting (LEURQUIN, *Code de la Saisie-Arrêt*, nr. 659, blz. 582), of zelfs krachtens een natuurlijke verbintenis (Brussel, 4 febr. 1884, *Pas.*, 1884, II, 401).

Bij het invoeren van het Gerechtelijk Wetboek werd in wezen aan de bestaande regeling geen verandering aangebracht (*vgl.* VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 525; zie art. 1409-1410 Ger.W.).

De schadeloosstelling, verschuldigd aan de aanspraakgerechtigde wegens het overlijden van het slachtoffer is, in overeenstemming met art. 1409 en 1410 Ger.W., onaantastbaar in de mate waarin deze schadeloosstelling het door het overleden slachtoffer verschafte onderhoud vervangt.

M.a.w. de onaantastbaarheid is beperkt tot dat deel van de schadeloosstelling dat als onderhoudsgeld kan beschouwd worden, hetgeen een loutere feitenkwestie is die in elk geval afzonderlijk dient uitgemaakt te worden.

172 In tegenstelling met de persoonsschade die vermogensschade is en waarvan het herstel in principe het voorwerp van een zijdelingse rechtsvordering kan uitmaken, maar eventueel gedeeltelijk niet tot beslag kan leiden, zal de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade, waartoe de rechtsvordering niet door de schuldeisers kan uitgeoefend worden (zie boven, nr. 162), éénmaal toegekend, wel door hen in beslag kunnen genomen worden.

Deze tegenstelling, die slechts op het eerste gezicht eigenaardig is, volgt uit de bovenstaande beginselen. De onaantastbaarheid is inderdaad een uitzondering. Welnu, de onaantastbaarheid van de schadeloosstelling voor de bepaalde gevallen van inkomstenschade spruit voort uit de zaakvervanging van een door de wet onaantastbaar verklaard vermogenselement. Een dergelijke zakelijke indeplaatsstelling bestaat niet ten aanzien van het bedrag dat als genoegdoening voor extrapatrimoniale schade toegewezen werd. De onaantastbaarheid kan evenmin afgeleid worden uit de persoonlijke aard van de vordering.

Uit het feit dat de rechtsvordering tot genoegdoening voor extrapatrimoniale schade uitsluitend aan de persoon verbonden is, volgt niet dat dit bedrag, — nadat het toegewezen werd en aldus in het vermogen van het slachtoffer gevallen is, om er een bestanddeel van te worden als een ander, — een eigen bestaan buiten het pand van de schuldeisers zou bewaren. Inderdaad, dit bedrag vervangt geenszins een vermogensbestanddeel met eigen bestemming, zoals b.v. een deel van de inkomstenschade van een arbeider. Het vervangt integendeel geen enkel vermogensbestanddeel, maar betekent een vermogensvermeerdering tot herstel van een schade, die buiten het vermogen lag, terwijl de getroffen waarde evenmin voor beslag als voor onaantastbaarheid in aanmerking kwam. De definitief toegewezen geldsom maakt voortaan

deel uit van het vermogen van de schuldenaar, op dezelfde wijze als gelijk welk ander bestanddeel ervan; de schuldeisers kunnen derhalve van dat ogenblik af beslag onder derden leggen (in die zin reeds SOURDAT, nr. 73, blz. 66; zie ook MAZEAUD/TUNC, nr. 1914, blz. 1036, voetnoot 3; *anders:* LALOU, nr. 113, blz. 71).

173 De hierboven voorgestelde oplossingen schijnen in Nederland niet aanvaard te worden. ASSER/KAMPHUIZEN beperkt de onaantastbaarheid streng tot het loon (ASSER/KAMPHUIZEN, *Bijz. Overeenkomsten*, tweede druk, 1950, blz. 351). Art. 6.1.9.11, lid 2, van het ontwerp B.W. stelt dat het recht op vergoeding niet vatbaar is voor overgang of beslag, tenzij zij bij overeenkomst is vastgelegd of terzake een vordering in rechte is ingesteld (DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 20).

Integendeel kan opgemerkt worden dat het Franse Hof van Cassatie, reeds vóór de Franse Wet van 12 januari 1895 die het beslag op het loon regelt, toepassing maakte van artikel 581, 4° Rv. om de mogelijkheid van beslag op dit loon te beperken, waar dit voor arbeiders het karakter van een onderhoudsgeld vertoonde (PLANIOL/RIPERT, XI, nr. 826, blz. 67).

Dezelfde constructie leidt tot de onaantastbaarheid van schadeloosstelling die dit loon vervangt in geval van overlijden van de verzorger (in die zin: Agen, 18 jan. 1956, *Rec.Dall.*, 1956, J., 313; LALOU, nr. 113, blz. 70 e.v.; DEMOGUE, *Pand.fr.Pér.*, 1922, I, 258).

In Zwitserland heeft de wetgever de vraag zeer duidelijk en uitvoerig geregeld. Het *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (Sch. K.G.) van 11 april 1889, voorziet in artikel 92, 10°, dat onaantastbaar zijn „die Pensionen und Kapitalbeträge, welche als Entschädigung für Körperverletzung oder Gesundheitsstörung dem Betroffenen oder, im Falle seines Todes, seiner Familie *geschuldet* werden oder *ausbezahlt* worden sind".

Het wordt in Zwitserland niet betwist dat de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade ook bedoeld wordt door deze bepaling en dus in dezelfde mate onaantastbaar is (Antoine FAVRE, *Pfändung, Schweizerische Juristische Kartothek*, Karte 764, blz. 4).

Deze bepaling heeft een zeer verregaande strekking, aangezien de bescherming niet beperkt is tot de onaantastbaarheid van de vordering en evenmin tot de onaantastbaarheid van de geldsom zolang zij in handen van een derde is. Ook de uitbetaalde schadeloosstelling of genoegdoening voor lichaamsverminking of gezondheidsverstoring blijft onaantastbaar.

Met andere woorden, — en hierin ligt het technisch procédé om deze onaantastbaarheid van de uitbetaalde geldsommen te verzekeren, — wanneer de schuldenaar, slachtoffer van een ongeval aan wie de vergoeding uitbetaald werd, bewijst dat enig goed verworven werd door toegekende schadeloosstelling, zal dat goed onaantastbaar blijven (E. BLUMENSTEIN, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, Bern (1911), blz. 356 e.v.; C. JAEGER, *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, I, Zürich (1911), blz. 272 e.v.: „Ob die Enschädigungen noch in der ursprunglichen Form vorhanden oder in andere Werte umgesetzt worden sind, ist gleichgültig, sofern nur der Schuldner den Beweis erbringen kann, dass diese anderen Werte wirklich aus der Entschädigung angeschaft worden sind; ... Wenn die Entschädigung in einem Warenlager angelegt worden ist, so ist der aus dem Geschäftsbetrieb erzielte Gewinn nicht ganz und der aus günstigen Konjunkturen sich ergebende gar nicht van Pfändung ausgenommen, und auch die nach einem längeren Geschäftsbetrieb vorhanden Warenvorräte werden nur zum Teil noch unpfändbar sein; wenn der Schuldner nicht den strikten Nachweis erbringt, dass alle vorhandenen Waren nur aus der Entschädigung angeschaft worden sind, so darf von dem Betreibungsbeambten ein kleinerer oder grösserer Teil in Pfändung gezogen werden...").

Het Bondsgerecht besliste dat wanneer de schadeloosstelling aangewend werd tot aanschaffing van vermogenswaarden, roerende of onroerende goederen, deze laatste tot aan het bedrag van de waarde van de schadeloosstelling onaantastbaar zijn; op de meerwaarde kan beslag gelegd worden.

De schadeloosstelling voor lichaamsverminking of gezondheidsverstoring is alleen gedurende het leven van het slachtoffer onaantastbaar (A. FAVRE, *t.a.p.*).

Het blijkt dus dat in het Zwitserse recht, zonder uitdrukkelijke vermelding van het technische procédé, de zakelijke indeplaatsstelling er toegepast wordt en dat door dit middel de uitbetaalde schadeloosstelling of genoegdoening onaantastbaar blijft.

Al deze principes werden door de Belgische wetgever toegepast in de Wet van 20 juli 1932, waardoor artikel 224a B.W. ingevoerd werd, betreffende de voorbehouden goederen der gehuwde vrouw, die een afzonderlijk beroep uitoefent (Corr. Hasselt, 1 maart 1955, *R.G.A.R.*, 1957, 5987).

Nieuw, was het stelsel zelf van de voorbehouden goederen, ingevoerd in navolging van de Franse Wet van 13 juli 1907; die zelf geïnspireerd was o.m. door § 1366 e.v. B.G.B. en artikel 190 e.v. Z.G.B., betreffende het *Vorbehaltsgut* of *Sondergut* of *Sondervermögen*.

Nieuw, was de bekwaamheid en het uitsluitende beheer en genot van de gehuwde vrouw betreffende deze goederen alsmede hun onaantastbaarheid ten aanzien van de schuldeisers van de man of van de gemeenschap.

In overeenstemming met de buitenlandse voorbeelden, en nl. § 1370 B.G.B. (*Surrogation* of *Ersatzbestimmung*: H. LEHMANN, *Deutsches Familienrecht*, tweede druk (1948), § 15, blz. 74 en 77), werd in het artikel 224a B.W. bepaald dat onder de eigen goederen begrepen zijn: „de vergoedingen en schadeloosstellingen die haar toekomen uit hoofde van een ongeval en *die beroepsinkomsten vervangen waarop zij gerechtigd was te rekenen*".

Ook al had de wetgever dit niet uitdrukkelijk bepaald, dan toch zou, door de techniek van de zakelijke subrogatie of zaakvervanging, de bestemmingswaarde van de schadeloosstelling, die een voorbehouden goed vervangt, verzekerd zijn. Inderdaad, zodra de mogelijkheid van het bestaan van voorbehouden goederen, uit kracht van de wet, ingevoerd is, werden tevens alle voorwaarden van de zaakvervanging geboden (zie boven, nr. 169).

Dit wordt overigens geïllustreerd door de stelling van DE PAGE en DEKKERS, waar zij op grond van het principe der zaakvervanging, terecht voorhouden dat ook die vergoeding een voorbehouden goed blijft, die aan de vrouw verschuldigd is voor het verlies of de beschadiging van een zaak die tot haar voorbehouden goederen behoorde (X, nr. 1498*bis*, blz. 1215; *vgl.* Corr. Hasselt, 1 maart 1955, *R.G.A.R.*, 1957, 5987; Corr. Verviers, 8 juni 1957, *J.Liège*, 1957-58, 38).

Door de Wet van 14 juli 1976, waarin de rechtsgelijkheid der echtgenoten werd geponeerd, is het stelsel van de voorbehouden goederen als overbodig opgeheven (zie *Het nieuw Belgische Huwelijksvermogensrecht*, Gent, 1978, blz. 39, nr. 42).

Art. 1417 B.W. bepaalt dat de echtgenoot die een beroep uitoefent, alle daartoe noodzakelijke bestuurshandelingen verricht.

In art. 1401, 3° B.W. wordt het recht op herstel van persoonlijke lichamelijke of morele schade als eigen beschouwd, ongeacht het tijdstip van verkrijging; zelfs de goederen en rechten die ten gevolge van zaakvervanging in de plaats treden van eigen goederen zijn eigen (art. 1400, 5° B.W.).

C. PAULIAANSE RECHTSVORDERING

174 De beginselen die de zijdelingse rechtsvordering en het beslag beheersen zullen ook de oplossing geven waar de schuldeisers de pauliaanse rechtsvordering instellen tot bestrijding van de handelingen door hun schuldenaar verricht met bedrieglijke benadeling van hun rechten.

Het vraagt vanzelfsprekend geen betoog dat voor de uitoefening van deze vordering geen enkel van de vereisten van artikelen 1167 B.W. e.v. mag vergeten worden.

Aldus zal de schuldeiser, afgezien van het discretionaire recht van de, wegens extrapatrimoniale schade, aanspraakgerechtigde schuldenaar om vergiffenis te schenken aan degene die hem beledigde (zie boven, nr. 162) vooreerst niet kunnen tussenkomen wanneer het slachtoffer van zijn vordering tot genoegdoening

voor extrapatrimoniale schade afstand doet. Hierdoor immers heeft het slachtoffer eenvoudigweg nagelaten zich te verrijken. Extrapatrimoniale schade immers is een nadeel waardoor geen vermogensvermindering is ontstaan, en alhoewel dit nadeel in een groot deel van de toepassingsgevallen, bij gemis aan een beter passend middel, hersteld wordt, door de toevoeging van een vermogensbestanddeel, brengt de verzaking van deze vordering geen vermindering van het vermogen van de aanspraakgerechtigde schuldenaar mede. Dienvolgens veroorzaakt deze afstand geen nadeel voor de schuldeisers. Welnu, de pauliaanse rechtsvordering is niet mogelijk waar de schuldenaar naliet zich te verrijken, daar zij slechts strekt tot bescherming van het bestaande vermogen, het pand van de schuldeisers (PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 939, blz. 244; DE PAGE, III, 1967, nr. 212, blz. 229; JOSSERAND, II, nr. 686, blz. 333). De vordering op grond van artikel 1167 B.W. is hier derhalve uitgesloten.

Zodra echter een geldelijke genoegdoening toegewezen is door een eindvonnis, behoort dit nieuwe vermogensbestanddeel tot het vermogen van de aanspraakgerechtigde schuldenaar en zou de kwijtschelding een verarming uitmaken.

Tot dezelfde oplossing, althans wat de rechtsvordering betreft, leidt de algemeen aanvaarde opvatting volgens welke de *actio Pauliana* uitgesloten is waar het gaat over handelingen van de schuldenaar in verband met rechten en rechtsvorderingen uitsluitend aan de persoon verbonden (PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 947, blz. 249; DE PAGE, III, 1967, nr. 218, blz. 232). De schuldenaars zullen dus nooit een vordering kunnen instellen op grond van artikel 1167 B.W. tot vernietiging van een handeling van hun schuldenaar met betrekking tot zijn recht op genoegdoening voor extrapatrimoniale schade, vóór de definitieve toewijzing ervan.

175 Wat de handelingen betreft, door de schuldenaar verricht met betrekking tot goederen en rechten die niet voor beslag vatbaar zijn, wordt voorgehouden dat de vordering uit artikel 1167 B.W. evenzeer uitgesloten blijft (DE PAGE, III, 1967, nr. 218, blz. 232; JOSSERAND, II, nr. 686, blz. 333).

Men maakt wel eens een onderscheid tussen de goederen zelf en de vruchten van deze goederen (PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 946, blz. 248).

De pauliaanse rechtsvordering is, juister uitgedrukt, slechts uitgesloten in die mate, dat het recht of goed onaantastbaar is.

Wat de schadeloosstelling uit artikel 1382 B.W. betreft, zal dus dienen nagegaan te worden, in welke mate de rechtsvordering, of het er op toegewezen bedrag krachtens zakelijke indeplaatsstelling, niet vatbaar zijn voor beslag.

De pauliaanse rechtsvordering kan gebeurlijk wel een nut voor de schuldeisers opleveren, wanneer hun schuldenaar, met bedrieglijke benadeling van hun rechten, kwijtschelding van schuld aan de aansprakelijke heeft verleend. Door de *actio pauliana* zou dus kunnen de kwijtschelding van één vijfde van het bedrag bestreden worden, indien het volledig was kwijtgescholden of afgestaan, of de totaliteit van de afstand, mits de schuldenaar, er vier vijfden, d.w.z. het onaantastbaar deel, voor zich hield.

D. SCHULDVERGELIJKING

176 Zoals reeds herhaaldelijk vastgesteld werd, is de rechtsvordering op grond van artikel 1382 B.W., zolang ze niet in een vonnis of dading verevend werd, niet effen. Dit verhindert derhalve de wettelijke schuldvergelijking bepaald door artikel 1289 B.W., wanneer de aangesprokene tevens schuldeiser zou zijn van het slachtoffer.

Artikel 1291 B.W. vereist inderdaad de effenheid van de schuldvordering, welke nooit voorhanden is vooraleer die schuldvordering door vonnis of dading vereffend is.

In dit geval zal de aangesprokene, die zelf schuldeiser is van zijn slachtoffer, de gerechtelijke schuldvergelijking mogen vorderen, voor zover aan alle overige vereisten en voornamelijk aan de vatbaarheid voor beslag (zie boven, nr. 169) voldaan is.

Deze vordering bij wedereis kon de aangesprokene zelfs voor het eerst in beroep instellen bij toepassing van art. 464, 1° lid, Rv., dat de schuldvergelijking uitdrukkelijk vermeldde. Art. 464, 1° lid, Rv. werd bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek niet behouden, met voorbehoud van de bepaling die het voorwerp is van art. 808 Ger.W. dat bepaalt dat „de partijen in iedere stand van het geding, zelfs bij verstek, de interesten en bijkomende sommen die vervallen zijn, kunnen opeisen, en zelfs de verhogingen, die later worden verantwoord, en het voordeel van de compensatie inroepen" (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 334).

177 In de praktijk werd het strakke algemene vereiste van effenheid der schuldvorderingen wel eens gemilderd, ten voordele van de benadeelde. Zijn toepassing zou inderdaad tot al te onbillijke oplossingen leiden, vooral na faillissement.

Veronderstellen wij dat A schuldeiser is van B, terwijl B tegen A een uitspraak uit onrechtmatige daad kan laten gelden.

Ongetwijfeld bestond het recht op schadeloosstelling van B jegens A vóór deze faillietverklaring, maar het bedrag ervan was niet effen. Een strenge toepassing van de regel uit artikel 1291 B.W. zou ten gevolge hebben dat B kan aangesproken worden door de curator en zijn schuld aan de failliete boedel zou moeten betalen, terwijl hij de schuldvergelijking niet kan inroepen. Zijn eigen schuldvordering zal hij moeten indienen en zij zal het lot van het faillissement verder ondergaan, vermits de schade vóór het faillissement veroorzaakt werd. Ook de gerechtelijke schuldvergelijking wordt door de artikelen 444 en volgende Faill.W. verhinderd.

De Belgische rechtspraak heeft deze strakke toepassing dan ook aanzienlijk gemilderd ten voordele van de aanspraakmakende persoon. In een arrest van 20 maart 1930, ingaande tegen de vroegere rechtspraak, heeft het Hof te Luik, voorafgegaan door enkele vonnissen, de toon aangegeven (*Pas.*, 1931, II, 80).

A had vóór de datum waarop hij failliet verklaard was, titels, toebehorend aan B, bedrieglijk verduisterd: na de faillietverklaring stelt de curator een vordering in tegen B wegens een schuld van deze laatste jegens A. Daar de verduisterde titels niet meer konden teruggegeven worden was daardoor door A schadevergoeding verschuldigd. B riep de schuldvergelijking in, die van rechtswege, dus vóór de faillietverklaring, had plaats gehad. Het Hof nam deze stelling aan omdat het bedrag van de vordering tot schadeloosstelling eenvoudigweg vast te stellen was. Deze rechtspraak werd in verschillende gelijkaardige gevallen gevolgd (Kh. Luik, 11 juli 1931, *Pas.*, 1932, III, 31 met noot; Luik, 24 december 1931, *Pas.*, 1931, II, 123; Luik, 23 februari 1932, *Pas.*, 1932, II, 125; zie ook Cass.fr., 18 jan. 1967, *R.P.Not.*, 1967, 375).

Het Hof te Brussel volgde deze rechtspraak met een kleine schakering, oordelend

dat, alhoewel het bedrag van één van beide schulden nog niet nauwkeurig vaststaat, de schuldvergelijking toch onmiddellijk plaats heeft voor het minimum bedrag, dat onbetwistbaar vaststaat (Brussel, 25 april 1936, *Pas.*, 1937, II, 33; zie ook Cass., 12 mei 1960, *Arr.Cass.*, 1960, 812 met verwijzingen; Luik, 20 juni 1966, *J.Liège*, 1966-67, 193).

Deze oplossing kan ongetwijfeld aanleiding geven tot kritiek (zie noot onder Kh. Luik, 11 juli 1931, *Pas.*, 1932, III, 33), maar blijkt aanvaard te zijn (*Rép.P.Dr.B.*, *Faillite et Banqueroute*, nr. 696; FREDERICQ, VII, nr. 84, blz. 180 e.v.; FREDERICQ, noot onder Gent, 10 juli 1947, *R.Crit.J.B.*, 1948, 53; DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 636, blz. 634; Cass., 12 mei 1960, *Arr.Cass.*, 1960, 812; Kh. Brussel, 15 febr. 1968, *J.T.*, 1968, 277).

Ook in Frankrijk oordeelt men dat ,,le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité; il est tenu de constater le principe de cette compensation qui constitue, pour les parties, une garantie, sauf à ordonner toutes mesures pour parvenir à l'apurement des comptes'' (Cass.fr., 18 jan. 1967, *R.P.Not.*, 1967, 375).

Deze rechtspraak benadert ter zake van onrechtmatige daad de algemene regel die in Zwitserland luidens art. 123 O.R., geldt, nl. ,,Im Konkursu des Schuldners können die Gläubiger ihre Forderungen, auch wenn sie nicht fällig sind, mit Forderungen, die dem Gemeinschuldner ihnen gegenüber zu stehen, verrechnen''.

178 Vervolgens is voor de hier behandelde stof, ook de bepaling van art. 1293, 3° B.W. van belang; volgens die bepaling kan de schuld wegens levensonderhoud dat niet voor beslag vatbaar verklaard werd, geen voorwerp van schuldvergelijking uitmaken.

Alhoewel de tekst uitdrukkelijk over onderhoudsgelden spreekt, wordt algemeen aangenomen dat de tekst toepassing vindt op alle schulden die niet voor beslag vatbaar zijn (DE PAGE, III, 1967, nr. 660, blz. 651; PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 1288, blz. 618; COLIN/CAPITANT, tiende druk, door JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, II, nr. 156, blz. 872; R. DEKKERS, *Burgerlijk recht*, II, nr. 602, blz. 336, noot 2).

De onaantastbaarheid op grond van zaakvervanging of zakelijke indeplaatsstelling (zie boven, nr. 169), zal hier evenzeer gelden tegenover de schuldvergelijking, zowel wettelijke als gerechtelijke.

Zij zou wel mogelijk zijn voor het bedrag van de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade, vermits op dit bedrag beslag kan gelegd worden.

Dit was reeds de oplossing van MERLIN (Répertoire, Tw. *Réparation civile*, § IV, VI; *vgl.* DOMAT, *Lois civiles*, Liv. IV, Tit. II, Sect. II, nr. 7). Deze auteur laat de aansprakelijke, die tevens schuldeiser is van zijn slachtoffer, in het algemeen toe ten aanzien van zijn schuld uit misdrijf de schuldvergelijking in te roepen. Ook in ons oud recht was de schuldvergelijking mogelijk ter zake van belediging, ook in de costuymen waar de compensatie in het algemeen niet als instelling gold (DE GHEWIET, II, T. VI, § XII, art. 1).

De principes van deze oplossingen schijnen in grote trekken tot het gemeengoed van het continentale recht te behoren.

In Zwitserland bepaalt artikel 125, tweede lid, O.R., dat ruimer is dan ons artikel 1293, 3°, B.W., dat niet

vatbaar zijn voor schuldvergelijking, de vorderingen die uit hun eigen aard werkelijke betaling in handen van de schuldenaar vereisen. Hiermede is de strekking van deze bepaling aangeduid.

Als voorbeeld worden noodzakelijke uitkeringen tot onderhoud vermeld. Onder deze bepaling vallen de rechten en kapitalen voor lichaamsschade en verzorgersschade (VON THUR, *Obligationenrecht*, eerste druk, II, blz. 592; GUHL, *Obligationenrecht*, vierde druk, blz. 218).

Deze vorderingen waren overigens reeds onaantastbaar verklaard door artikel 92, 10° Sch. K.G. De praktijk voegt hier echter ook bij de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade.

In § 394 bepaalt het Duitse B.G.B.: „Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt".

Maar luidens § 393 B.G.B. wordt als afwijkend recht bepaald: „Gegen eine Forderung aus einer vörstzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig".

§ 3. Gevolgen betreffende de plaatselijke bevoegdheid

179 De schade kan niet alleen op een ander tijdstip dan de schuldige daad of verzuim ontstaan (zie boven, nr. 144), maar bovendien ook op e e n a n d e r e p l a a t s .

Het gekwetste slachtoffer kan b.v. maanden na het ongeval in een andere stad sterven.

De schade van een verkrachte of verleide vrouw kan ten gevolge van de geboorte van een kind, op een andere plaats ontstaan dan deze waar het misdrijf gepleegd werd.

Evenals de aanspraak op schadeloosstelling ten aanzien van de tijd, pas met de schade ontstond, zo ontstaat de aanspraak, en dus ook de verbintenis tot schadeloosstelling op de plaats waar de schade ontstaat.

Derhalve kan volgens art. 624 Ger.W. de eis aanhangig gemaakt worden voor de rechter van de plaats waar de schade ontstaan is, vermits de verbintenis tot schadeloosstelling samen met de schade, op die plaats ontstond. Omtrent het principe bestaat eensgezindheid in rechtsleer en rechtspraak (DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile*, I, nr. 46, blz. 131 e.v.; BRAAS, *Précis de procédure civile*, derde druk, I, nr. 768, blz. 406; *Rép.P.Dr.B.*, *Compétence en matière civile et commerciale*, nr. 1548-1549; FREDERICQ, II, nr. 127, blz. 191; J. BERTEN, *De la compétence territoriale en matière de quasi-délits*, *R.G.A.R.*, 1951, 4774; Kh. Brussel, 18 maart 1941, *R.G.A.R.*, 1946, 3855; Kh. Gent, 23 okt. 1948, *R.G.A.R.*, 1951, 4787; Gent, 7 mei 1949, *R.W.*, 1948-49, 1301; Brussel, 30 juni 1959, *J.T.*, 1959, 490 met noot Th. SMOLDERS). In dezelfde zin bepaalt art. 5, 3° van het EEG-Executieverdrag dat, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad, de verweerder voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan kan gedaagd worden (zie boven, nr. 150).

Ogenschijnlijk wordt in enkele uitspraken een andere opvatting gehuldigd en zou volgens deze de verbintenis ontstaan op de plaats waar het feit dat tot schade aanleiding gaf, gepleegd werd.

Bij nader onderzoek blijkt echter uit de feitelijke vaststellingen van deze uitspraken dat er dan sprake is van het „schadeberokkenend feit" (*fait générateur du dommage — fait dommageable*), d.w.z. de onrechtmatige daad, in haar geheel beschouwd, derhalve met inbegrip van de schade (zie o.m. Kh. Gent, 6 maart 1907, *Pas.*, 1907, III, 241; Luik, 12 april 1933, *Pas.*, 1933, II, 156; Kh. Gent, 12 mei 1938, *R.G.A.R.*, 1939, 3041).

180 De enige moeilijkheid ten aanzien van de vaststelling van de plaats waar de schade ontstond is van feitelijke aard. Ter zake van onrechtmatige mededinging, in de ruimste zin van het woord begrepen, wordt vrijwel algemeen aangenomen dat de schade ontstaat op de plaats waar het bedrijf van het slachtoffer gevestigd is; daar immers is zijn krediet en concurrentievermogen aangetast (zie o.m. PIRET, noot onder Kh. Kortrijk, 10 mei 1930, *R.G.A.R.*, 1930, 667; VANDEPUTTE, *Nijverheidsrecht*, nr. 128, blz. 130; *Nov.*, *Droits intellectuels, La concurrence déloyale*, nr. 444, blz. 559; FREDERICQ, II, nr. 127, blz. 191; Kh. Gent, 23 okt. 1948, *R.G.A.R.*, 1951, 4787; Brussel, 26 juni 1957, *R.W.*, 1958-59, 284; Brussel, 30 juni 1959, *J.T.*, 1959, 490 met noot Th. SMOLDERS).

Aldus ook is de schade, door de pers veroorzaakt, ontstaan waar de bladen werden verspreid (PIRET, noot onder Kh. Kortrijk, 10 mei 1930, *R.G.A.R.*, 1930, 667; *Rép.P.Dr.B.*, *Code de la presse et de l'imprimerie*, nr. 725, blz. 477; G. DUPLAT, *Le Journal*, tweede druk (1929), blz. 381; Gent, 7 mei 1949, *R.W.*, 1948-49, 1301).

181 Een bijzondere moeilijkheid rijst in verband met schade die in een bepaalde plaats aanvang neemt, en zich op een andere plaats verder ontwikkelt, vooral ter zake van de schadeloosstelling na aantasting van lijf en leven.

Aldus werd ter zake van een ongeval te Gent gebeurd, de vraag gesteld of de Rechtbank te Brussel luidens artikel 42 Bevoegdheidswet, — thans art. 624 Ger.W. —, kon bevoegd zijn, vermits het slachtoffer te Brussel woonde en de schadelijke gevolgen van zijn verwondingen zich aldaar voltooiden.

Er werd gevonnist dat de bestanddelen van de onrechtmatige daad niet mochten gesplitst worden, zodat zou kunnen beweerd worden dat de verbintenis telkens opnieuw ontstaat op een andere plaats, naarmate het slachtoffer zich zou verplaatsen, en de schade zich voort blijft uiten. De rechtbank weigerde dan ook de oplossing, die voor schade uit onrechtmatige mededinging en persartikelen geldt, toe te passen op schade uit aantasting van lijf en leven. M.a.w. de verbintenis zou ontstaan waar de schade vooreerst ontstond, en niet waar zij zich ontwikkelt (Rb. Brussel, 25 nov. 1933, *R.G.A.R.*, 1935, 1784).

Door BERTEN werd ten onrechte de oorsprong van de verbintenis in de schuld van de aangesprokene gezocht. Hij stelt daartoe de verbintenis van de aangesprokene tegenover het recht van het slachtoffer. Indien het recht van het slachtoffer, met de schade ontstaat, en op de plaats waar deze ontstaat, dan zou volgens BERTEN de verbintenis van de aansprakelijke uit diens schuld ontstaan. Hierop werd reeds geantwoord, niet alleen met de beschouwing, — door BERTEN overigens vermeld, — dat de actieve en passieve verbintenis elkander oproepen; maar deze stelling is blijkbaar reeds weerlegd door de herhaalde vaststelling dat de verbintenis, zowel passief als actief beschouwd, pas dan ontstaat wanneer alle bestanddelen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gegeven zijn, dus ook de schade (*R.G.A.R.*, 1951, 4774; zie boven, nr. 2; *vgl.* ook: Cass., 13 juli 1939, *Pas.*, 1939, I, 366, *in fine*).

De verbintenis van de aangesprokene ontstaat dan ook met de schade, en op de plaats der schade.

Het zoëven besproken geval echter, waar gezocht werd naar de plaats van een schade die zich ontwikkelt in de duur, en derhalve voor verplaatsing vatbaar is, kan opgelost worden door het onderscheid tussen het bestaan en de omvang van de schade (zie boven, nr. 76).

Waar de schade in haar bestaan een aanvang neemt, ontstaat de verbintenis, en niet daar waar de omvang van de schade zich verder ontwikkelt en voltooit.

Na lichamelijke letsels ontstaat de schade, en dus ook de herstelverbintenis met de verwondingen hoe deze zich ook ontwikkelen.

Indien echter het slachtoffer ten gevolge van zijn verwondingen overlijdt dan ontstaat een nieuwe schade, nl. de dood van het slachtoffer, terwijl deze schade door anderen, nl. de nabestaanden van het gekwetste slachtoffer geleden wordt. Als plaats waar de verbintenis tot schadeloosstelling voor de schade uit de dood ontstaat, kan dan ook beschouwd worden de plaats waar het slachtoffer overleden is.

Hierbij moet aangestipt worden dat de rechtstreekse vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar van de bestuurder van een motorrijtuig (art. 6 Wet 1 juli 1956), mag gebracht worden hetzij voor de rechter van de plaats van het feit waaruit de schade ontstaan is, hetzij voor de rechter van de woonplaats van de benadeelde, hetzij voor de rechter van de zetel van de verzekeraar (art. 7).

§ 4. Gevolgen betreffende de bepaling van het toepasselijke recht

182.1 Uit hetgeen voorafgaat kan afgeleid worden dat de plaats, waar het recht op schadeloosstelling ontstaat, de toepasselijke wet zou bepalen. M.a.w. het ontstaan en de omvang van de herstelplicht zouden beheerst worden door het plaatselijk recht van het land waar de schade ontstond.

Vrij algemeen geldt in het Europese internationaal privaatrecht de regel van de *lex loci delicti commissi*.

Volgens dit recht is evenzeer uit te maken zowel of er aansprakelijkheid is, als om de gevolgen daarvan, nl. de vorm en de omvang van de schadeloosstelling te bepalen.

Het Duitse internationaal privaatrecht erkent principieel de regel van de *lex loci delicti commissi*, maar dan met het voorbehoud dat de omvang van de aanspraak tegen een Duitser wegens een in het buitenland verrichte onrechtmatige daad, niet groter kan zijn dan de omvang door de Duitse wet bepaald (art. 12, Einführungsgesetz zum B.G.B.; ENNECCERUS/LEHMANN, § 98, I, blz. 368 e.v.; SCHUERMANS/LAVRIJSEN-VAN EUPEN, *T.P.R.*, 1974, 673, nr. 24).

Weliswaar moet vooreerst bepaald worden waar de *locus delicti* is. De oplossing, aan deze vraag meestal gegeven in het Europese internationaal privaatrecht, is een afwijking van de boven uiteengezette principes.

Als de schade in hetzelfde land ontstaat waar de onrechtmatige daad werd verricht, rijst geen moeilijkheid op. Wanneer echter de onrechtmatige daad in één land werd verricht en de schadelijke gevolgen in een ander land ontstaan, dan stelt zich de vraag wàar de *locus delicti* dient gesitueerd.

Welnu, volgens de heersende opvatting, moet als *locus delicti* beschouwd worden, de plaats waar onregelmatig gehandeld werd. Volgens het recht van dat land wordt niet alleen vastgesteld of er een onrechtmatige daad verricht werd, en de dader derhalve aansprakelijk is; hetzelfde recht bepaalt in welke vorm, in welke omvang, en tegenover wie de dader tot schadeloosstelling gehouden is.

(BELGIË: L. DE VOS, *Le problème des conflits de lois,* nr. 715 e.v., blz. 734 e.v.; Luik, 8 nov. 1950, *R.W.,* 1950-51, 331; Brussel, 24 april 1953, *J.T.,* 1954, 27 met noot VAN DER ELST; *vgl. Rép.P.Dr.B.,* Tw. *Conflits des Lois,* nr. 40; POULLET, *Manuel de droit international belge,* derde druk (1947), nr. 317 e.v., blz. 363 e.v.; RIGAUX, *Droit international privé,* II, 1979, nr. 1367, blz. 492 e.v.
FRANKRIJK: A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé* (1924), II, nr. 549, blz. 312 e.v.; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 557, blz. 764, BATTIFOL, *Droit international privé,* II, 1971, blz. 202 e.v.; *anders:* MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2239, blz. 342 e.v.

ZWITSERLAND: OFTINGER, I, § 15, blz. 376 e.v. met de verwijzingen in voetnoot 1.

NEDERLAND: zie o.m. A.C.J. MULDER, *Inleiding tot het nederlandsch internationaal privaatrecht,* 1927-28, blz. 203 e.v.; Arrond. Arnhem, 16 nov. 1950, *N.J.,* 1951, nr. 7 en de verwijzingen in voetnoot 40; zie verder: C.W. DUBBINCK, *De onrechtmatige daad in het Nederlands internationaal privaatrecht;* DRION, *Onrechtmatige daad,* III, nr. 56 e.v.

ITALIË: art. 25 C.civ.it.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft zich op 30 november 1976 uitgesproken over de vraag welke omschrijving diende gegeven aan de uitdrukking „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" in art. 5, *sub* 3, van het E.E.G.-Verdrag van 27 sept. 1968 over de rechterlijke bevoegdheid. Het Hof oordeelde dat zowel de plaats waar de schade is ingetreden, als de plaats van de veroorzakende gebeurtenis in de uitdrukking wordt bedoeld.

182.2 De regel van de *lex loci delicti commissi* vond praktisch onbetwist toepassing, totdat onder invloed van de uitbreiding van het internationaal verkeer en het besef van zekere onbillijkheden verzet groeide, zoals dit reeds vroeger in het buitenland het geval was (F. RIGAUX, *Droit international privé,* 1968, nr. 428, blz. 495 e.v.; RIGAUX/VAN HECKE, *Examen de jurisprudence,* 1961-64, *R.Crit.J.B.,* 1965, 365 en *R.Crit.J.B.,* 1970, 306; SCHUERMANS/LAVRIJSEN-VAN EUPEN, *Onrechtmatige daad en schadeloosstelling naar Belgisch I.P.R., T.P.R.,* 1974, blz. 650 e.v.).

Het Hof van Cassatie huldigde tot 1957 het standpunt dat de toepassing van vreemd recht een „feit" was en ontzegde zich elk toezicht daarop. Het oordeelde dat de schending van ongeschreven regels van internationaal privaatrecht geen aanleiding kon geven tot verbreking (*Rép.P.Dr.B.,* II, *Conflits de lois,* nr. 97; SCHUERMANS/LAVRYSEN-VAN EUPEN, *T.P.R.,* 1974, nr. 3, 651).

In 1957 kwam het tot een fundamentele ommekeer in de cassatierechtspraak. De feitelijke gegevens waren de volgende: tijdens een autorally werd een Belgische co-piloot bij een ongeval gedood te Vaals in Nederland. De weduwe van het slachtoffer eiste schadevergoeding van de bestuurster, eveneens van Belgische nationaliteit, omdat het ongeval zou gebeurd zijn door een gebrekkig functioneren van de remmen èn door rijfouten van de bestuurster.

Het Hof van Cassatie, in Verenigde Kamers, verbrak op eensluidende conclusie van HAYOIT DE TERMICOURT het arrest van het Hof te Luik dat voor de vordering op basis van art. 1382 B.W. de *lex fori* had toegepast, en stelde dat art. 3, lid 1, B.W. een

regel van internationaal privaatrecht vastlegt en de politiewetten van een staat toepasselijk verklaart op de op het grondgebied van de staat begane feiten, ongeacht de nationaliteit van de dader; dat de regels in verband met de burgerlijke aansprakelijkheid politiewetten zijn in de zin van art. 3 B.W. en de Belgische rechter dus op een in het buitenland gepleegde onrechtmatige daad de *lex loci delicti commissi* moet toepassen (Cass., 17 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1117, *R.Crit.J.B.*, 1962, 192 met noot VAN DER ELST).

Dit arrest legde de draagkracht van het *lex loci delicti commissi* beginsel in ruime bewoordingen vast. Deze strenge richtlijn werd herhaaldelijk door het Hof bevestigd (Cass., 2 jan. 1961, *R.G.A.R.*, 1963, 7126; Cass., 23 nov. 1962, *R.Crit.J.B.*, 1963, 223 met noot RIGAUX; Cass., 27 nov. 1964, *R.Crit.J.B.*, 1966, 98 met noot RIGAUX; Cass., 23 okt. 1969, *J.T.*, 1970, 28; Cass., 30 okt. 1981, *Arr.Cass.* en *Pas.*, op datum; *R.W.*, 1981-82, 2120; *J.T.*, 1982, 649; *R.G.A.R.*, 1983, 10.567 met noot J. ERAUW; Cass., 10 dec. 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 408; Cass., 24 jan. 1977, *R.W.*, 1976-77, 2420) en de rechtspraak heeft zich in ruime mate aan het gestelde principe gehouden (SCHUERMANS/LAVRYSEN-VAN EUPEN, *T.P.R.*, 1974, nr. 4, 653; DE CEUSTER/REICH, *T.P.R.*, 1975-78, *R.W.*, 1978-79, 2716; Gent, 19 juni 1962, *R.W.*, 1962-63, 845; Antwerpen, 4 april 1963, *R.W.*, 1963-64, 51; Brussel, 17 nov. 1975, *Pas.*, 1976, II, 132; Antwerpen, 21 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2705; Rb. Neufchâteau, 24 juli 1968, *J.Liège*, 1968-69, 222; Rb. Mechelen, 27 maart 1975, *R.W.*, 1976-77, 821 met noot; Rb. Brussel, 16 sept. 1977, *R.G.A.R.*, 1978, 9920; Rb. Mechelen, 2 febr. 1982, *R.W.*, 1983-84, 597).

Toch werd ondanks deze ruime navolging geleidelijk een streven merkbaar om de strakke toepassing van het gestelde principe te omzeilen, zonder aan de cassatierechtspraak te moeten tornen. Men begon toepassing te maken van art. 14 (vroeger art. 18) van het Benelux-ontwerp Eenvormige Wet inzake internationaal privaatrecht en van het zgn. rechtssfeerprincipe, m.a.w. men zoekt dié wet toe te passen waarbij de feitelijke gegevens het dichtst aanleunen (Luik, 19 febr. 1973, *Bull.Ass.*, 1973, 390; Brussel, 14 mei 1973, *J.T.*, 1973, 731, *Pas.*, 1973, II, 155; Rb. Brussel, 9 april 1969, *R.W.*, 1969-70, 1396; Rb. Luik, 11 mei 1971, *Verz.*, 1973, 387; Rb. Brussel, 30 juni 1971, *R.W.*, 1972-73, 1776; Rb. Antwerpen, 3 nov. 1976, *R.W.*, 1976-77, 2088; zie ook Arrond. Breda, 2 okt. 1962, *R.W.*, 1962-63, 1794; *anders:* Rb. Antwerpen, 4 april 1963, *R.W.*, 1963-64, 51).

Dezelfde tendens vinden we terug bij de militaire rechtsmachten (SCHUERMANS/LAVRIJSEN-VAN EUPEN, *T.P.R.*, 1974, nr. 10, 658 e.v.).

Art. 14 Eenvormige Wet luidt als volgt: „De wet van het land, waar een feit plaats vindt, bepaalt of dit feit een onrechtmatige daad is en welke verbintenissen daaruit voortvloeien.

Indien echter de gevolgen behoren tot de rechtssfeer van een ander land dan dat waar het feit heeft plaats gevonden, worden de verbintenissen die uit dit feit voortvloeien, door de wet van het andere land bepaald".

Over het tweede lid zegt het toelichtingsverslag: „Ten aanzien van de wet, die deze verbintenissen uit onrechtmatige daad beheerst, wordt echter een uitzondering gemaakt voor het geval, dat de gevolgen behoren tot de rechtssfeer van een ander land, dan waar het feit heeft plaats gevonden. In het moderne internationaal verkeer komt het herhaaldelijk voor, dat de gevolgen van een onrechtmatige daad geen verband houden met het land, waar het feit heeft plaats gevonden. Denk vooral aan de auto-ongevallen,

waarbij de dader en getroffene beiden onderdanen zijn van en wonen in een ander land dan dat waar het ongeval geschiedt. Ook de verplichte verzekering van aan derden berokkende schade doet in sommige landen reeds haar invloed op de omvang der aansprakelijkheid en op de personen, die aansprakelijk zijn, gelden.

Wanneer nu kan worden gezegd, dat de gevolgen van een feit tot de rechtssfeer van een ander land behoren dan dat, waar het feit heeft plaats gevonden, hangt geheel van de omstandigheden van het bijzonder geval af; deze omstandigheden worden daarom door het artikel niet nader bepaald. Zo kan b.v., behalve de nationaliteit en de woonplaats van dader en benadeelde, nog van belang zijn de plaats alwaar de nadelige gevolgen zich het eerst openbaarden of de nationaliteit en de woonplaats van hem, aan wie het verkeersmiddel, dat de schade veroorzaakt heeft, toebehoorde.

Tot slot dient nog erop gewezen dat het beginsel van de *lex loci delicti commissi* steun vindt in het Verdrag van Den Haag van 4 mei 1971 betreffende de wet toepasselijk op verkeersongevallen in België (Wet van 10 febr. 1975, in werking op 3 juni 1975); dit verdrag maakt nu het Belgisch internationaal privaatrecht inzake verkeersongevallen uit.

Art. 3 van het verdrag verklaart de wet van de plaats waar het ongeval heeft plaatsgevonden toepasselijk. Toch worden in art. 4, op restrictieve wijze, uitzonderingen ingevoerd waarbij het rechtssfeercriterium gehanteerd wordt, n. het criterium van het land van de immatriculatie der betrokken voertuigen (*Gedr.St.*, Kamer, 1972-73, Memorie van Toelichting, 661-1, blz. 3 en 19 e.v.; SCHUERMANS/LAVRIJSEN-VAN EUPEN, *T.P.R.*, 1973, nr. 33, 680; *vgl.* Gent, 19 nov. 1982, *R.W.*, 1982-83 met noot J. ERAUW).

De volgende vraag kan ook gesteld worden: moet de Belgische rechter, bij het toepassen van een vreemde wet, zich houden aan de jurisprudentiële regels zoals uitgewerkt door de buitenlandse rechtsmachten of mag hij, los van die rechtspraak, vrij de buitenlandse wetgeving interpreteren. Zie voor dit probleem: VAN HECKE/RIGAUX, *R.Crit.J.B.*, 1965, nr. 7, blz. 338 en *R.Crit.J.B.*, 1970, nr. 3, blz. 271; M.-L. STENGERS, *Le rôle de la jurisprudence étrangère lors de l'application par le juge belge de la loi étrangère, J.T.*, 1975, blz. 95.

182.3 Wat te denken wanneer de schade werd vergoed door de verzekeraar van het slachtoffer? Welke wet zal toepassing vinden indien de gesubrogeerde verzekeraar een vordering instelt tegen de aansprakelijke derde?

RIGAUX stelt terecht dat deze vraag oorsprong vindt in hetgeen hij noemt: „le caractère triangulaire du payement ou de la cession de créance avec subrogation" (F. RIGAUX, noot onder Cass., 23 okt. 1969, *R.Crit.J.B.*, 1971, nr. 23, blz. 355; *Arr.Cass.*, 1970, 189).

In 1969 diende het Hof van Cassatie over volgende zaak te oordelen: in België deed zich een verkeersongeval voor, waarbij een Duits militair als slachtoffer viel. De oorzaak van het ongeval lag bij een Brits militair, wiens burgerlijke aansprakelijkheid werd gedekt door het Belgisch Bureau van Autoverzekeraars. De betaling van de soldij en de kosten van verzorging en onderhoud werd door de Duitse staat gedragen, die, in overeenstemming met de Duitse wet, in de rechten van de vergoede partij werd gesubrogeerd. Het Hof te Brussel had de eis van de Duitse staat tegen het Belgisch Bureau afgewezen op grond van de *lex loci delicti commissi* (de Belgische wet) omdat de voorwaarden van art. 1251 B.W. niet waren vervuld.

Het Hof van Cassatie verbrak dit arrest overwegende dat „la subrogation légale aux droits de la victime, de

celui qui l'a dédommagée en tout ou en partie, indépendante du statut de l'acte illicite, obéit à sa loi propre, celle qui régit le payement opérant subrogation;

attendu qui l'arrêt constate qu'en vertu de la loi allemande la demanderesse „s'est obligée de garantir au militaire allemand, victime d'un accident, une rénumération pendant la durée de son incapacité de service, de lui accorder des aliments et d'autres prestations à la suite de ses blessures, mais qu'elle acquiert par l'exécution de ces obligations le ‚droit légal' a être indemnisée elle-même, par la personne responsable de l'accident, du montant de ses décaissements''

qu'ainsi, en l'espèce, la subrogation légale est régie par la loi allemande;

attendu que la demanderesse, légalement subrogée aux droits de la victime de l'accident par la mise en œuvre d'une règle belge de conflit de lois, pouvait faire valoir contre le défendeur, à concurrence des sommes versées à la victime, et bien qu'elle n'ait ainsi payé que sa propre dette, les droits que la victime aurait pu faire valoir soit contre l'auteur responsable de l'accident, soit directement contre l'assureur; que le moyen est fondé'' (Cass., 23 okt. 1969, *R.Crit.J.B.*, 1971, 345).

In dit arrest werd de reeds gangbare visie, die aansluit bij de buitenlandse rechtspraak en rechtsleer, bevestigd (F. RIGAUX, *Droit international privé,* 1968, nr. 427, blz. 495; SCHUERMANS/LAVRYSEN-VAN EUPEN, *T.P.R.*, 1974, nr. 16, 668; Cass., 23 okt. 1969, met noot RIGAUX, *R.Crit.J.B.*, 1971, blz. 345; Brussel, 29 nov. 1958, *R.G.A.R.*, 1959, 6252 bevestiging van Rb. Antwerpen, 5 dec. 1957, *R.G.A.R.*, 1958, 6190; zie ook Luik, 12 nov. 1973, *R.G.A.R.*, 1974, 9225; *vgl.* Cour fédérale de Cassation de Karlsruhe, 26 april 1966, *Gaz.Pal.*, 1967, I, Rubr. Eur. 35).

183 [...]

184 In de Verenigde Staten heeft men het *lex loci delicti commissi* principe als „hard en fast rule'' verlaten om de problematiek in elke rechtsvordering geval per geval te ontleden (SCHUERMANS/LAVRYSEN-VAN EUPEN, *T.P.R.*, 1974, nr. 20, 671).

Nederland aanvaardt de verwijzingsregel van de *lex loci delicti commissi;* toch is de uitzonderingsregel die verwijst naar het rechtssfeerbeginsel tot ontwikkeling gekomen. DRION merkt op dat het internationaal privaatrecht met betrekking tot de onrechtmatige daad sterk in beweging is, en dat, naast de toename van multilaterale verdragen, zich een aantal specifieke verwijzingsregels aan het vormen zijn, zoals b.v. in verband met aanvaringen, produktenaansprakelijkheid, enz. (DRION, *Onrechtmatige daad,* III, nr. 56).

§ 5. Overdracht en overgang van de herstelvordering

185 In verband met de tussenkomst van de schuldeisers door zijdelingse rechtsvordering (zie boven, nr. 160 e.v.), beslag (zie boven, nr. 168 e.v.), schuldvergelijking (zie boven, nr. 176 e.v.) of pauliaanse rechtsvordering (zie boven, nr. 174 e.v.), kon opgemerkt worden dat geen eenvormige oplossing geldt voor alle soorten van schadeloosstelling, zelfs niet voor het beperkter gebied van de persoonsschade. Evenmin zal dit het geval zijn voor de vraagstukken die in verband met de overdraagbaarheid van de vordering oprijzen.

Men heeft al te dikwijls al deze problemen willen samenbrengen en oplossen onder de vraag: overdraagbaarheid van de aanspraak, dan wanneer vraagstukken van zeer uiteenlopende aard oprijzen, die elk een afzonderlijke oplossing dienen te krijgen.

In dit verband moeten twee afzonderlijke aspecten van de vraag beschouwd worden,

de overdracht onder levenden, en de overgang door erfenis of legaat, van het recht op schadeloosstelling.

A. OVERDRACHT ONDER LEVENDEN

186 In de praktijk schijnt de overdracht onder levenden geen belangrijke vraagstukken te laten oprijzen.

Buiten het gebied van de persoonsschade bestaan er geen. Betreffende deze laatste dient er aan herinnerd te worden, dat het slachtoffer geenszins afstand doet van zijn recht op onschendbaarheid van lijf en leven, noch van het recht op een ongeschonden eer en goede naam, noch van enig ander extrapatrimoniaal recht dat als dusdanig buiten de handel is, wanneer het met betrekking op de schadeloosstelling wegens krenking van dergelijke waarden een overeenkomst zou sluiten (H. CAPITANT, noot Cass. (Req.), 13 april 1921, *Rec.Dall.*, 1922, I, 6, 1° kol.; DE PAGE, I, 1962, nr. 126, blz. 190 e.v.). Men mag immers deze extrapatrimoniale rechten en vermogens niet verwarren met het recht op schadeloosstelling wegens hun krenking. Wanneer de benadeelde zijn recht op schadeloosstelling wil afstaan of overdragen, staat hij geenszins een recht af dat buiten de handel is, doch slechts een recht op schadeloosstelling.

Het zeer algemene artikel 2046 B.W. (Ned. B.W., art. 1890) bepaalt overigens uitdrukkelijk dat een dading met de aansprakelijke kan aangegaan worden nopens de burgerlijke belangen die uit een misdrijf ontstaan, terwijl geen enkele tekst de vrijheid van overeenkomst tussen het slachtoffer en een ander persoon dan de aansprakelijke schijnt te beperken.

187 In het recht van sommige naburige landen wordt de overdracht van het recht op schadeloosstelling verboden of beperkt.

De Nederlandse rechtsleer en rechtspraak is verdeeld over het gestelde probleem. In het nieuw B.W. werd nochtans een bepaling opgenomen waarbij overdracht en beslag niet worden toegelaten, tenzij het recht op vergoeding bij overeenkomst is vastgelegd of terzake een vordering in rechte is ingesteld. Verder is het, voor de overgang onder algemene titel, voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft meegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken (H. DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 18 e.v.).

Het Duitse B.G.B. kent twee belangrijke beperkingen van de overdraagbaarheid, die algemene draagwijdte hebben.

Luidens § 399 B.G.B. kan een rechtsvordering niet overgedragen worden, wanneer haar vervulling jegens een andere dan de oorspronkelijke schuldenaar niet mogelijk is zonder wijziging van haar inhoud, of wanneer de overdracht door de overeenkomst met de schuldenaar uitgesloten is.

Vervolgens is, luidens § 400 B.G.B., een rechtsvordering niet vatbaar voor overdracht, in die mate waarin zij niet vatbaar is voor beslag.

Uitdrukkelijker betreffende de behandelde vraag is door § 847 B.G.B. bepaald, dat

de aanspraak op *Schmerzengeld* niet overdraagbaar is, evenals dit door § 1300 B.G.B. bepaald werd voor de zogenaamde *Deflorationsanspruch* na verbreking van een verloving.

In het Zwitserse recht wordt door artikel 146 O.R. bepaald dat, waar de wet of overeenkomst niet verbiedt een rechtsvordering af te staan, de overdracht mogelijk is, behalve in het geval waar de overdracht door de natuur der rechtsverhouding uitgesloten wordt.

Door art. 1056 B.W. van Quebec wordt de overdracht van het recht op schadeloosstelling in het algemeen verboden (zie de tekst in LAWSON, *Negligence in the civil law*, blz. 191 : zie ook J.-B. CASTEL, *The civil law system of the province of Quebec*, Toronto, 1962, blz. 115 e.v.). Deze bepaling strekt er toe te voorkomen dat derden enig belang zouden verwerven in het bedrag van de schadevordering.

188 Het B.W. heeft niets bepaald betreffende de overdracht van de aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad.

Als principe geldt ongetwijfeld de vrijheid van overeenkomst, waar noch openbare orde noch goede zeden in het gedrang komen. Dit blijkt nu ook niet het geval te zijn bij overdracht van een recht op schadeloosstelling.

In artikel 1303 B.W., wordt de overdracht van de herstelvordering in een geval zelfs verplicht, nl. de rechtsvordering tot schadeloosstelling voor de door de schuldenaar verschuldigde zaak, die buiten zijn schuld tenietgegaan is.

Als algemene regel moet de mogelijkheid van overdracht der herstelvordering erkend worden, waar deze overdracht niet door de wet verboden is. De cessionaris zal in principe de aansprakelijke kunnen dagvaarden of zich tegen hem burgerlijke partij stellen (R.H., noot onder Cass., 24 dec. 1941, *Pas.*, 1941, I, 471).

Weliswaar zou kunnen gevreesd worden dat het slachtoffer zijn recht zou kunnen overdragen voor een spotprijs wanneer het nog betwist wordt.

Deze vrees heeft ook de wetgever geleid toen hij in de Wet van 1 oktober 1947 betreffende het herstel van de oorlogsschade aan private goederen de overdracht van het recht op herstel streng heeft beperkt, en slechts toegelaten heeft mits overheidstoezicht (art. 50 e.v. Oorlogsschadewet).

Dit is echter afwijkend recht dat op de rechtsvordering op grond van artikel 1382 B.W. geen toepassing kan vinden, hoe onbetwistbaar ook de bezwaren zijn aan dergelijke overdracht verbonden (*vgl.* DE PAGE, IV, nr. 463, blz. 445 e.v.).

Waar de herstelvordering nog niet door een eindvonnis toegewezen werd, of door de aansprakelijke erkend, is slechts door artikel 1597 B.W. de overdracht aan de, in deze bepaling opgesomde personen verboden op straf van nietigheid en schadeloosstelling.

189 Evenmin als in Zwitserland bestaat er in het Belgisch recht overeenstemming in de toepassing tussen onaantastbaarheid en verbod van overdracht (DE PAGE, VI, nr. 727, blz. 633), en dit, in tegenstelling met het Duitse recht, dat in zijn logische geslotenheid afwijkt van het onze en waar verbod van overdracht en van beslag, elkander volledig dekken (§ 400 B.G.B. en § 851 Z.P.O.).

Toch gaat de onaantastbaarheid meermaals gepaard met een verbod van overdracht, zij het in mindere mate. De wetgever heeft hierdoor het belang willen beschermen

van diegenen voor wie de rechtsvordering tot hun enige inkomen strekt en zo onmisbaar is dat dit inkomen bijna het karakter van levensonderhoud heeft.

Dit is b.v. het geval voor het loon der werknemers. Art. 1409 Ger.W. voorziet een beperking van afstand of overdracht.

In al de gevallen waar de schadeloosstelling moet treden in de plaats van een door de wet onoverdraagbaar verklaarde rechtsvordering, om in het vermogen van de aanspraakgerechtigde dezelfde bestemming te vervullen, zal door de toepassing van de zaakvervanging of zakelijke indeplaatsstelling het recht op herstel in dezelfde mate niet kunnen afgestaan of overgedragen worden, en dit op dezelfde gronden als die waarop de onaantastbaarheid op grond van zakelijke subrogatie kan erkend worden (zie boven, nr. 169).

190 De rechtsvordering tot herstel van *extrapatrimoniale schade* komt heel anders voor.

Men mag deze vraag betreffende de mogelijkheid van overdracht niet in het algemeen gelijkstellen met de problemen die oprijzen door de tussenkomst van de schuldeisers.

Waar deze laatsten als indringers kunnen beschouwd worden in een rechtsvordering uitsluitend verbonden aan de persoon van hun schuldenaar, het slachtoffer, is de overdracht een vrijwillige rechtshandeling waartoe dit slachtoffer het initiatief neemt. Zij wordt derhalve verricht binnen zijn discretionaire macht (zie boven, nr. 162), die hierin geen bescherming tegen schuldeisers behoeft zoals in de gevallen van de artikelen 1166 en 1167 B.W.

Indien het slachtoffer luidens artikel 2046 B.W. met de aansprakelijke een dading kan aangaan, kan het ook met derden om het even welke schikking treffen die het in verband met zijn aanspraak nuttig oordeelt. Dit geldt dan ook als principe voor de overdracht van herstelvorderingen, die andere zijn dan deze uit inkomstenschade die onafstaanbaar zijn ten gevolge van zaakvervanging. Geen enkele wettelijke regel beperkt deze vrijheid waar het gaat over de aanspraak op genoegdoening voor extrapatrimoniale schade (SAVATIER, II, nr. 629, blz. 216; LAROMBIÈRE, III, nr. 46, blz. 437; *anders:* DEMOGUE, IV, nr. 414, blz. 54; MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1919 e.v., blz. 1038 e.v.).

Door deze overdracht, indien zij onder bezwarende titel geschied is, heeft het slachtoffer reeds een genoegdoening bekomen.

191 Waar de overdracht van het recht in principe mogelijk is wordt de vraag gesteld of, na overdracht vooraleer de herstelvordering in een vonnis toegewezen werd of door de aansprakelijke erkend werd, de cessionaris tegen de aansprakelijke meer mag vorderen dan de prijs die hij voor de overdracht van het betwiste recht betaalde. De vraag wordt betwist (zie *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Action civile,* nr. 14).

Artikel 1699 B.W. biedt in de meeste gevallen de oplossing. Het bepaalt dat indien een betwist recht tegen iemand overgedragen wordt, deze zich door de overnemer

kan doen bevrijden, mits betaling van de werkelijke prijs van de overdracht met de rechtmatige kosten, alsook de interesten vanaf de dag waarop de overnemer de prijs voor de gedane overdracht betaald heeft. *Artikel 1701, 2°, B.W.* bepaalt echter dat deze bepaling niet van toepassing is wanneer de overdracht gedaan werd aan een schuldeiser tot betaling van hetgeen hem verschuldigd is.

Overigens mag niet vergeten worden dat waar het er om gaat extrapatrimoniale schade te begroten, de rechtbanken in hun soevereine beoordelingsmacht bezwaarlijk zullen ingaan op speculatie van een derde, die meer zou kunnen vorderen dan de prijs die hij betaalde. Het ware ten andere moeilijk, waar het slachtoffer bij de overdracht van zijn recht op schadeloosstelling deze laatste begroot heeft, ten titel van genoegdoening aan de verweerder merkelijk meer toe te kennen.

192 Het hoeft werkelijk geen betoog dat vóór alle onderzoek van de zoëven besproken grondvereisten, de vordering van de cessionaris niet ontvankelijk moet verklaard worden, indien de overdracht niet aan de vormvereisten van artikel 1690 B.W. voldoet, d.w.z. niet geldig betekend werd aan de aangesprokene of door hem erkend werd.

De lectuur van de besluiten van de burgerlijke partij gestelde cessionaris op de terechtzitting ware onvoldoende (Cass., 24 dec. 1941, *Pas.*, 1941, I, 471, met noot R.H.). Deze betekening kan geldig gedaan worden in het exploot van dagvaarding (*vgl.* Rb. Aarlen, 15 febr. 1949, *Pas.*, 1949, III, 125).

193 Deze vormvereisten zijn evenwel niet van toepassing op de delegatieovereenkomst, ook al geschiedt daardoor een afstand van schuldvordering. Zij onderstelt echter de persoonlijke verbintenis van de gedelegeerde aansprakelijke tegenover de delegataris.

Maar de grondvereisten, nl. de gebeurlijke beperking van overdraagbaarheid zullen op deze overeenkomst evenwel toepassing vinden (zie Tw. *Delegatieovereenkomst*, nr. 66 e.v.).

194 De vormvereisten die de overdracht van de schuldvordering beheersen gelden ook niet voor de indeplaatsstelling.

Deze houdt weliswaar wezenlijk een overdracht van schuldvordering in, maar met deze bijzonderheid dat zij als gevolg van een betaling uiteraard geschiedt zonder enige speculatie, in tegenstelling met de eigenlijke overdracht die een verkoop uitmaakt (DE PAGE, III, nr. 519, blz. 502 en nr. 544, blz. 535 e.v.; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 1245, blz. 576; COLIN/CAPITANT, tiende druk door JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, II, nr. 533, blz. 378).

Evenmin gelden de beperkingen van de gewone overdracht (zie boven, nr. 189) op de indeplaatsstelling, omdat die het gevolg is van een werkelijke betaling.

De belangrijke betwistingen in verband met de subrogatie worden afzonderlijk behandeld samen met de vraagstukken in verband met het verhaalsrecht van derdenschuldenaars van het slachtoffer (zie verder, nr. 1012 e.v.). Ze betreffen hoofdzakelijk de vraag of er al dan niet indeplaatsstelling geschied is, geenszins haar gevolgen. Het wordt inderdaad niet betwist dat zowel de persoon die wettelijk gesubrogeerd is

(zie o.m. Cass., 13 jan. 1941, *Pas.*, 1941, I, 7 met noot L.C.), als diegene die de indeplaatsstelling uit overeenkomst kan laten gelden (zie o.m. Cass., 22 okt. 1941, *Pas.*, 1941, I, 392), als eiser mag optreden zowel voor de burgerlijke rechtbanken als voor de strafgerechten.

Door het Hof te Gent werd geoordeeld dat door de subrogatie, iedere schade geleden door de verzekerde, een persoonlijke schade van de gesubrogeerde wordt, en dat deze gesubrogeerde ten persoonlijken titel alle rechten kan uitoefenen, welke de wet toekent aan deze die persoonlijk schade heeft geleden; het Hof stelt dat daarom de wettelijke gesubrogeerde verzekeraar zich niet alleen B.P. mag stellen in een strafzaak, maar ook de openbare vordering in beweging mag brengen door deze die het schadeveroorzakend misdrijf pleegde voor de strafrechter, de politierechtbank of correctionele rechtbank te dagen ten einde vergoeding te bekomen voor de schade die haar oorzaak vindt in de vervolgde inbreuk (Gent, 31 okt. 1957, *R.G.A.R.*, 1958, 6043; *anders:* Corr. Kortrijk, 11 juni 1959, *R.W.*, 1959-60, 454).

Benevens de verder te bespreken indeplaatsstelling van de risicodrager die de benadeelde vergoed heeft, is een belangrijk geval van wettelijke subrogatie luidens artikel 1251, 3° B.W., dit waar de werkgever aan het slachtoffer betaalde de schadeloosstelling door zijn ondergeschikte veroorzaakt. De werkgever is met zijn ondergeschikte tot dezelfde schuld gehouden, en betaalde dus niet alleen zijn eigen schuld, maar wel dezelfde schuld als medeschuldenaar van de dader. Dienvolgens is hij luidens artikel 1251, 3° B.W. wettelijk in de rechten van de benadeelde gesubrogeerd tot beloop van zijn betaling (Cass., 10 juli 1952, *Pas.*, 1952, I, 738; *R.G.A.R.*, 1953, 5091, met noot VAN DER MENSBRUGGE; Cass., 10 mei 1958, *R.Crit.J.B.*, 1958, 5 met noot M. GEVERS).

B. OVERGANG DOOR OVERLIJDEN

195 Het bepalen van het ogenblik waarop de aanspraak ontstaat, en de vraag of deze aanspraak op de erfgenamen overgaat, gaf in het recht van verschillende landen aanleiding tot zeer belangrijke betwistingen, niet alleen wegens de grote vermogens- en gevoelswaarden die bij doodslag in het gedrang komen; bovendien bemoeilijken uiterst delicate vragen, zowel van feitelijke als van juridische aard een vaste oplossing.

De vergelijking met het recht van naburige landen laat echter toe vast te stellen dat de oplossing die thans in het Belgische recht overheerst, niet alleen het best voldoet aan de vereisten van logische samenhang in het recht, maar ook beantwoordt aan de meest wenselijke oplossing.

De probleemstelling zelf is dikwijls verward, omdat vragen van erfelijkheid niet altijd onderscheiden worden van de daaraan vaak voorafgaande vraag of de schade en de daaraan beantwoordende herstelvordering voorhanden zijn, en dus tot de nalatenschap of tot het legaat kunnen behoren. Vervolgens wordt de vraag of de schade reeds voor het overlijden bestond wel eens verward met de telkens wederkerende vraag of alle schade voor herstel in aanmerking komt. De verschillende vragen moeten dus goed onderscheiden worden. Vooreerst zullen de vragen in verband met het principe van de erfelijkheid van de herstelvordering zelf onderzocht worden.

Vervolgens zal ten aanzien van het ogenblik waarop de aanspraak ontstaat, nagegaan

worden welke schade door een overleden slachtoffer zelf geleden wordt, en dienvolgens welke herstelvordering als actief bestanddeel van de nalatenschap op zijn erfgenamen kan overgaan.

Ten slotte zal de nadruk moeten gelegd worden op het onderscheid tussen de herstelvordering *ex haerede* en de persoonlijke vordering van aanspraakgerechtigden wegens schade, door terugkaatsing geleden.

I. Principe van de erfelijkheid

a. Vermogensschade

196 Het vraagstuk wordt onmiddellijk beperkt door de vaststelling van de eensgezindheid in het continentale recht omtrent het principe van de meest volstrekte erfelijkheid van alle vorderingen strekkend tot herstel van v e r m o g e n s s c h a d e .

Alleen het Engelse recht neemt in dit opzicht een bijzondere plaats in.

Tot aan de *Law Reform Act* 1934 gold in de *Common Law* de zeer duistere regel *actio personalis moritur cum persona* waardoor de vordering wegens *tort* onmogelijk met de nalatenschap kan overgaan op de erfgenamen. Sedert 1833 werd de herstelvordering voor zakenschade erfelijk gemaakt door een wet. Ten gevolge van de eerste spoorwegongevallen werd in 1846 door de zogenaamde *Lord Campbell's Act (Fatal Accident Act,* 9 en 10 Vict. c. 93) een persoonlijke aanspraak voor de daarin limitatief opgesomde nabestaanden mogelijk gemaakt. Het duurde echter tot 1934, vooraleer, ten gevolge van talrijke auto-ongevallen, de *Law Reform Act* 1934 (24 à 25 Geo 5, C. 41), de oude regel in het algemeen afschafte, behoudens voor de *torts* van eerroof, *seduction* (het aanzetten van een echtgenoot om de andere te verlaten), en de herstelvordering wegens overspel (zie de tekst van deze *Act* in WINFIELD, *Cases* ..., blz. 83, als voetnoot onder *Rose v. Ford;* MAYNE, blz. 556 e.v.; zie verder over deze ontwikkeling in het Engelse recht: WINFIELD, *Textbook,* § 53 e.v., blz. 184; POLLOCK, blz. 52 e.v.; SALMOND, blz. 391 e.v.).

Op dit ogenblik kan vastgesteld worden dat sedert 1934 als principe erkend wordt dat de nalatenschap van het gedode slachtoffer de vordering die dit had kunnen instellen, na diens overlijden kan uitoefenen.

In de overige landen geldt als algemeen principe de erfelijkheid van de herstelvordering voor vermogensschade; dit is b.v. het geval in Zwitserland, Duitsland, Nederland, enz.

De afwijkingen en ook de betwistingen ontstaan in verband met de extrapatrimoniale schade (zie verder, nr. 198 e.v.).

197 Het wordt niet betwist dat de erfgenamen, in die hoedanigheid optredend, het herstel kunnen vorderen van alle schade door hun rechtsvoorganger in zijn vermogen geleden.

Zij zullen derhalve het herstel mogen vorderen van de schade aan roerende of onroerende goederen veroorzaakt of wegens de verstoring en het genot van deze goederen. Zij zullen de geneeskundige en farmaceutische kosten alsmede vervoer- en kliniekkosten, vóór het overlijden van het slachtoffer gemaakt tegen de aansprakelijke kunnen verhalen. Evenzeer zullen zij hem kunnen aanspreken tot vergoeding voor inkomstenschade door de overledene zelf geleden vóór zijn dood (zie verder, nr. 805 e.v.).

Noch het principe, noch de verschillende toepassingsgevallen geven thans nog aanleiding tot belangrijke betwisting (zie o.m. *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité,* nr. 1810; MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1903, blz. 1026).

De enige twee problemen die in dit verband kunnen oprijzen, worden gesteld, vooreerst door het onderscheid tussen de hoedanigheid van erfgenaam en deze van aanspraakgerechtigde ten persoonlijke titel (zie boven, nr. 132 e.v.), en vervolgens door de vraag welke schade door de overledene zelf geleden werd (zie verder, nr. 794 e.v.).

b. Extrapatrimoniale schade

198 Grote betwistingen ontstonden integendeel in verband met de erfelijkheid van de aanspraak wegens extrapatrimoniale schade.

Voorlopig wordt de vraag welke schade door de overledene geleden werd ter zijde gelaten (zie hierover verder, nr. 794 e.v.), om uitsluitend het probleem te stellen en op te lossen, of de aanspraak op herstel van deze extrapatrimoniale schade door de overledene zelf geleden, op zijn erfgenamen overgaat.

De vraag is dubbel; vooreerst komt de erfelijkheid zelf ter sprake, vervolgens de herstelbaarheid van deze schade, nu zij niet meer aan het slachtoffer zelf kan vergoed worden.

De onderstelling is die, waar iemand schade leed door eerroof, ontsiering, pijn en smart, gederfde levensvreugde, krenking in zijn rechtmatige genegenheid of welkdanig ander nadeel ook waardoor zijn vermogen niet aangetast werd (over het begrip der extrapatrimoniale schade, zie verder, nr. 607 e.v.). Hij beschikt over een rechtsvordering uit artikel 1382 B.W. om genoegdoening te bekomen voor deze extrapatrimoniale schade, een genoegdoening die gebeurlijk van geldelijke aard zal zijn.

Kan het slachtoffer zijn recht op genoegdoening overmaken bij legaat? Gaat deze aanspraak samen met de overige actieve bestanddelen van de nalatenschap *ab intestato* over op de erfgenamen?

199 Voor het legaat zou bezwaarlijk een andere oplossing kunnen voorgestaan worden dan voor de overdracht onder levenden. De aanspraak op genoegdoening kan derhalve zowel het voorwerp uitmaken van een legaat als van een overdracht onder levenden (zie boven, nr. 190). De toepassingen van het principe zijn echter schaars (zie o.m.: Avignon, 19 maart 1924, aangehaald in L. RIPERT, blz. 147).

200 Het wordt integendeel steeds betwist of de aanspraak *ab intestato* door de erfgenamen geërfd wordt.

In Duitsland werd door § 847 B.G.B., in overeenstemming met de traditie (zie o.m. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, negende druk, § 455, art. 7, c, aangehaald naar LAWSON, *Negligence in the civil law*, blz. 195), samen met de overdracht ook de erfelijkheid van de aanspraak op herstel van schade, die geen vermogensschade is, uitgesloten.

Hierop wordt een uitzondering gemaakt wanneer de vordering hetzij in een dading vereffend en toegestaan werd of reeds in een geding aanhangig gemaakt was.

In Nederland blijft de vraag nog steeds tegengestelde meningen uitlokken (Arrond. 's-Hertogenbosch, 12 mei 1950, *N.J.*, 1952, nr. 132; Arrond. 's-Hertogenbosch, 17 maart 1950, *N.J.*, 1952, nr. 168;

zie ook HUYGEN, *Onstoffelijke schade, cessie en vererving, N.J.*, 1960, nr. 35, 753 e.v.; DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 19).

In het Zwitserse recht waar integendeel geen bepaling met algemene draagwijdte de aangelegenheid regelt, wordt de erfelijkheid betwist.

Overheersend is de opvatting volgens welke de aanspraak overgaat op de erfgenamen indien de erflater zijn wil had geuit om ze uit te oefenen. Hiertoe is evenwel geen geding vereist maar het volstaat b.v. dat het slachtoffer een advocaat verzocht had het geding in te stellen. De meest gezaghebbende auteur betreffende de onrechtmatige daad, OFTINGER, verdedigt echter een onbeperkte erfelijkheid, zelfs zonder uitgedrukte wil. Aanspraken zijn immers in de regel erfelijk en de uitzonderingen zouden uitdrukkelijk door de wet moeten voorzien zijn. De enige afwijking hierop is bepaald voor de aanspraak wegens pijn en smart van het overleden slachtoffer, aangezien de aanspraken in geval van doodslag door artikel 42 O.R. beperkt zijn (OFTINGER, I, § 8, II, blz. 222 e.v., en voetnoot 22).

De gemeenschappelijke idee die aan al deze oplossingen in hun verschillende schakeringen ten gronde ligt, oefent in Frankrijk steeds haar invloed uit. In het oud-Franse recht gold ook als regel dat de niet ingestelde vordering wegens *injure* in de ruimere zin van *iniuria* begrepen, uitgedoofd was door het overlijden van het slachtoffer, omdat vermoed werd dat het vergiffenis had geschonken (POTHIER, *Obligations*, nr. 674). Ook hier zwijgt het B.W. en de doctrine moest vrij op zoek gaan naar het recht. DEMOGUE ontkent de erfelijkheid van de aanspraak op genoegdoening in het algemeen wanneer het slachtoffer deze had kunnen uitoefenen en niet deed. Zijn stelling is mede gesteund op de satisfactoire aard, door deze auteur aan de genoegdoening toegeschreven, hetgeen zou uitsluiten dat het herstel aan een erfgenaam zou kunnen verschaft worden. De grondslag van deze stelling is dus niet duidelijk (DEMOGUE, IV, nr. 414, blz. 54 e.v.).

L. RIPERT formuleert dezelfde oplossing op positieve wijze: de ingestelde vordering alleen gaat als actief bestanddeel van de nalatenschap over op de erfgenamen die door deze auteur volledig gelijkgesteld worden met de schuldeisers (L. RIPERT, nr. 130, blz. 146). In dezelfde zin oordeelt ook SAVATIER. Volgens deze auteur zou de rechtsvordering ten gevolge van het instellen van de eis, veranderen in een patrimoniale rechtsvordering. Evenwel komen hier ook andere motieven bij, nl. de idee van de private straf die onafscheidbaar aan het herstel der extrapatrimoniale schade zou verbonden zijn, alsmede de onmogelijkheid van een herstel dat aan erfgenamen zou toegekend worden (SAVATIER, II, nr. 529, blz. 104; nr. 544, blz. 122; nr. 629, blz. 216).

RIPERT beroept zich eveneens op de opvatting van de private straf om de overgang op de erfgenamen uit te sluiten (RIPERT, *La règle morale*, vierde druk, nr. 183, blz. 352).

Strenger nog sluiten PLANIOL en RIPERT de erfelijkheid uit, zelfs al werd de vordering ingesteld. De genoegdoening zou alleen aan het slachtoffer kunnen verschaft worden; voor de erfgenamen ware dit een vermogensvermeerdering zonder oorzaak (PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 658, blz. 923; *vgl.* ook DABIN, *Belg.Jud.*, 1935, 517 e.v.).

Volgens JULLIOT DE LA MORANDIÈRE echter bevindt de aanspraak zich in de nalatenschap, hetgeen wordt bevestigd door het Franse Hof van Cassatie (COLIN/CAPITANT, *Droit civil*, II, 1959, nr. 1233, blz. 701 e.v.; Cass.fr., 13 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45 met noot L. MAZEAUD).

201 Een ander onderzoek nopens de verschillende grondslagen van de buitenlandse wetten en de aangehaalde stellingen uit de Franse rechtsleer, laat toe enkele van de argumenten tegen de erfelijkheid van de hand te wijzen. Het argument gehaald uit de stelling volgens welke het recht op herstel pas in en door het vonnis zou ontstaan kon reeds verworpen worden en dienvolgens ook de hieruit afgeleide gevolgtrekking (zie boven, nr. 150).

De uitsluiting van de erfelijkheid van de aanspraak op grond van de stelling dat de genoegdoening een private straf zou zijn, valt weg met de principiële verwerping van de theorie van de private straf (zie verder, nr. 694 e.v.). Doch bovendien kan deze theorie niet tot grondslag van dergelijke stelling dienen. Want indien de ge-

noegdoening tot bestraffing van de dader zou strekken, dan is daartoe de aanwezigheid van het slachtoffer niet vereist, wel integendeel, vooral wanneer de aangesprokene door zijn onrechtmatige daad het overlijden van het slachtoffer veroorzaakte.

Er blijft dan nog het argument over geput uit de strikt persoonlijke aard van de rechtsvordering (E. VEROUGSTRAETE, *Paradoxes du droit de la réparation, J.T.*, 1972, 13; Gent, 25 jan. 1972, *R.G.A.R.*, 1972, 8849).

Vooreerst mag niet vergeten worden dat de erfgenamen niet de gekrenkte waarde beweren te erven, zoals eer en aanzien, gezondheid e.d.m. Deze waarden zijn van nature uitgesloten voor alle overdracht of overgang, maar de aanspraak op herstel wegens krenking van die van nature niet erfelijke waarden is integendeel van nature niet onafstaanbaar (zie boven, nr. 190) en is evenmin van nature uitgesloten van overgang op de erfgenamen.

Vervolgens moet de principiële gelijkstelling van erfgenamen en schuldeisers volstrekt verworpen worden.

In het recht op genoegdoening voor extrapatrimoniale schade moet zeker een uitsluitend aan de persoon verbonden recht erkend worden in de zin van artikel 1166 B.W. (zie boven, nr. 162). Dit sluit evenwel niet uit dat de rechtsvordering door de erfgenamen kan uitgeoefend worden, in tegenstelling met de schuldeisers.

De strikt persoonlijke aard van de rechtsvordering brengt inderdaad geenszins mee dat zij niet vatbaar zou zijn voor overgang door overlijden. Zoals betoogd werd betreffende de overdracht onder levenden, zijn de schuldeisers indringers in een aan de persoon van hun schuldenaar voorbehouden gebied. Indien een cessionaris dit niet is (zie boven, nr. 190), dan is dit *a fortiori* niet het geval voor de erfgenaam, die op grond van een vermoeden van genegenheid vanwege de erflater, van rechtswege heel zijn vermogen verwerft, en als het ware de persoon van de overledene voortzet.

Dit gaat zo ver dat hij mits bepaalde voorwaarden zelfs vorderingen zal mogen voortzetten en instellen ter zake van afstamming, waar de schuldeisers dit geenszins kunnen doen (*vgl.* art. 317, 329 en 330 B.W.). De wetgever heeft hieraan weliswaar zekere beperkingen gesteld. Deze strekken er echter slechts toe dat erfgenamen dergelijke vorderingen, waarbij zeer grote morele belangen van derden in het gedrang komen, niet zonder waardeerbaar vermogensbelang zouden kunnen instellen, ook nog om een uitdrukkelijke of stilzwijgende verzaking van een hoofdzakelijk moreel recht vanwege hun rechtsvoorganger te doen eerbiedigen (art. 330 B.W.).

Een ander aanknopingspunt wordt geboden door de herroeping van schenkingen wegens ondankbaarheid (art. 955 e.v. B.W.). Schuldeisers van de schenker kunnen de vordering tot herroeping niet instellen, waar erfgenamen dit wel kunnen. Maar eens te meer geldt de gelijkaardige beperking, waarvan het principe te onthouden zal zijn: de erfgenamen kunnen niet optreden wanneer het bewezen is dat de schenker vergiffenis heeft geschonken (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Donations et Testaments*, nr. 618 e.v.; LAURENT, XIII, nr. 28, blz. 33; DE PAGE, VIII-1, 1962, nr. 667 e.v., blz. 773 e.v.; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, nr. 969, blz. 580 e.v.).

Ter zake heeft de wetgever niets bepaald en dus ook niets beperkt, terwijl in geen enkel geval ten aanzien van de artikelen 882 en 1166 B.W. de erfgenaam met een schuldeiser zou kunnen gelijk gesteld worden (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Obligations*, nr. 916; L. MAZEAUD, noot onder Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45; Brussel,

31 dec. 1890, *Pas.*, 1891, II, 231; Rb. Hoei, 27 juni 1946, *Bull.Ass.*, 1946, 300; COLMAR, 16 dec. 1949, *Rec.Dall.*, 1950, *Somm.*, 36).

202 Een ander argument is het vermoeden van verzaking, geput uit het niet instellen van de vordering.

Dit vermoeden kan in bepaalde gevallen ten aanzien van de feiten afdoende zijn, maar integendeel kan het niet als algemeen vermoeden gelden, telkens wanneer de erflater de rechtsvordering niet instelde.

MAZEAUD merkt terecht op dat het algemeen vermoeden uit het oude recht niet in het Burgerlijk Wetboek opgenomen is (MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1909, blz. 1030). Er is dus geen wettelijk vermoeden van verzaking van de aanspraak, zoals dit voor de erfgenamen van het kind bepaald is betreffende de vordering tot inroepen van staat (art. 330 B.W.), of voor de herroeping wegens ondankbaarheid bij het verstrijken van de vervaltermijn van één jaar (art. 957).

Er kan hier dus niets anders in geput worden dan een feitelijk vermoeden dat *in concreto*, in de zin van artikel 1353 B.W. aan het oordeel en beleid van de rechter overgelaten is.

De afstand of verzaking zijn echter steeds uitzonderlijk.

Zij is inderdaad de eenzijdige en meestal vormloze wilsverklaring waardoor, zonder enige overdracht aan derden een recht of vermogen prijs gegeven wordt, of waardoor het ontstaan van dit recht belet wordt (*vgl.* S. LESSONA, *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil, R.Trim.Dr.Civ.*, 1912, blz. 361 e.v.).

Wanneer, zoals ter zake, een stilzwijgende verzaking aangevoerd wordt, moet dit stilzwijgen duidelijk en ondubbelzinnig uit de omstandigheden blijken (Cass., 20 dec. 1978, *J.T.*, 1979, 482; *Arr.Cass.*, 1978-79, 472, *Pas.*, 1979, I, 478). Met andere woorden, er is een feit nodig waaruit zou blijken dat afstand de enig mogelijke uitleg is voor het stilzitten (*vgl.* art. 2221 B.W.).

Er kan dus in geen geval een vermoeden van verzaking of van vergiffenis aanvaard worden, wanneer het slachtoffer over het feitelijke vermogen om zijn aanspraak te laten gelden, niet beschikte (Cass.fr., 17 jan. 1955, besproken door H. en L. MAZEAUD, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1955, blz. 320). Dit is in een groot aantal van de schadegevallen, nl. wegens pijn en smart die de dood voorafgaan, het geval (A. CHARAF ELDINE, *Le droit à réparation de dommages corporels 'stricto sensu', résultant d'accident mortel, et sa transmission, Sem.J.*, 1974, I, 2647).

Voor het overige zou eventueel *in concreto* uit het stilzitten van het slachtoffer kunnen besloten worden dat het zijn aanspraak verzaakte. Maar dan moet dit in elk geval afzonderlijk uit de omstandigheden af te leiden zijn, zodat het stilzitten voor geen andere verklaring vatbaar is dan als verzaking, zoniet zullen de erfgenamen de vordering kunnen uitoefenen (*vgl.* Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45, met noot L. MAZEAUD; A. CHARAF ELDINE, *R.W.*, *Sem.J.*, 1974, I, 2647).

203 Het laatste argument weegt het zwaarste.

De genoegdoening zou slechts zin hebben indien ze aan het slachtoffer zelf verschaft

wordt. Hoe zou het leed of de krenking van het slachtoffer kunnen hersteld worden door de toekenning van een geldelijke genoegdoening aan een erfgenaam?

M.a.w. de dood zou de, voordien geleden schade, tot een onherstelbaar nadeel omvormen, terwijl de erfgenamen zich zonder oorzaak zouden verrijken indien zij de genoegdoening zouden ontvangen (DEMOGUE, IV, nr. 414, blz. 55; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 658, blz. 890; DABIN, *Du droit à réparation ...*, *Belg.Jud.*, 1935, 518; SAVATIER, II, nr. 529, blz. 104; L. RIPERT, nr. 130, blz. 147; E. VEROUGSTRAETE, *Paradoxes du droit de la réparation, J.T.*, 1972, 13).

Het is weliswaar juist dat de betaling van een geldelijke genoegdoening voor schade die geen vermogensschade is, steeds een vermogensvermeerdering is. Bij onderstelling immers was het vermogen in geen enkel opzicht door het nadeel aangetast en de geldelijke genoegdoening wordt een vermogenselement. Dit is echter het onvermijdelijke gevolg van de regel volgens welke het beter is een minder goed passend herstel te verschaffen dan helemaal geen. Deze vermeerdering van het vermogen van het slachtoffer is correlatief met de vermindering van dit van de aangesprokene, maar deze vermogensverschuiving is niet zonder rechtsgrond. Inderdaad de onrechtmatige daad en de door haar veroorzaakte schade met de daaraan beantwoordende herstelverbintenis verschaffen de rechtsgrond.

De vraag naar de herstelbaarheid van de schade, nadat het slachtoffer overleden is blijft dus over. Ook deze vraag is nauw verbonden met het algemene vraagstuk van de herstelbaarheid van de extrapatrimoniale schade (zie verder, nr. 675). Indien de geldelijke genoegdoening in hoofdorde als van symbolische aard mag beschouwd worden (zie verder, nr. 700), dan doet het overlijden van het slachtoffer geen nieuwe moeilijkheid oprijzen. Deze vergoeding, bij gebrek aan beter, — omdat het recht in de onherstelbaarheid van een werkelijke schade wil berusten, — kan even goed, of even slecht, uitbetaald worden aan de erfgenaam die de persoon van het slachtoffer voortzet, als aan het slachtoffer zelf.

204 De Franse en Belgische Hoven van Cassatie hebben dan ook terecht de erfelijkheid van de aanspraak op genoegdoening erkend (zie o.m. Cass., 30 juni 1930, *Pas.*, 1930, I, 281, *R.G.A.R.*, 1932, 1059; Cass., 26 sept. 1955, *Pas.*, 1956, I, 38; *R.W.*, 1955-56, 1563; Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45 met noot L. MAZEAUD; FAGNART, *Examen de la jurisprudence*, 1955-69, nr. 83, 143). De rechtspraak van de rechtbanken en hoven van beroep is in die zin gevestigd (zie nochtans: Gent, 25 jan. 1972, *R.G.A.R.*, 1972, 8849; kritiek op dit arrest, zie FONTEYNE, *L'action ex haerede en réparation des dommages moraux du défunt*, *R.G.A.R.*, 1972, 8848).

De motieven van de zoëven aangehaalde arresten van het Hof van Cassatie blijken echter vatbaar voor betwisting, waar het Hof oordeelde dat deze rechtsvordering, vermits zij tot het bekomen van een geldsom kan strekken, een vermogenswaarde zou uitmaken en derhalve met al de andere actieve bestanddelen van het vermogen op de erfgenamen overgaat.

De geldelijke waarde hangt echter af van de soevereine beslissing van de feitenrechter om een geldelijk herstel toe te kennen. Op de eis zou eventueel beslist kunnen worden door de toewijzing van een herstel in specifieke vorm. Ter zake van eerkrenking zou de rechter steeds een of andere publikatie kunnen bevelen.

Men vraagt zich af waarom de erfgenamen dergelijk herstel niet zouden kunnen vorderen, mits de eerkrenking werkelijk de erflater vóór diens overlijden trof.

De mogelijkheid dat een geldelijke genoegdoening zou toegewezen worden is derhalve niet vereist voor de overgang van de rechtsvordering.

205 De belangrijkste betwistingen waartoe de rechtspraktijk aanleiding geeft zijn, aan de ene kant, de vorderingen tot genoegdoening voor pijn en smart geleden door het, na het ongeval overleden, slachtoffer, en de eerkrenking door de overledene vóór zijn overlijden geleden.

Wat de eerste vraag betreft blijkt de betwisting beperkt te zijn tot de feitelijke vraag of er al dan niet schade geleden werd door het slachtoffer vóór het ophield drager van rechten te zijn (zie verder, nr. 798 e.v.).

Wat de tweede vraag betreft blijkt er alleen een moeilijkheid te ontstaan bij de eerkrenking van een reeds overleden persoon. Ook deze kwestie wordt verder behandeld bij de studie van de extrapatrimoniale schade (zie verder, nr. 1229 e.v.).

206 Wanneer de erfgenaam in die hoedanigheid optreedt, doet hij niets anders dan de rechtsvordering van de erflater uitoefenen (zie boven, nr. 132).

Dit heeft ten gevolge dat alle verweermiddelen die tegen de erflater konden opgeworpen worden, ook aan de erfgenamen tegenstelbaar zijn, o.m. de eigen schuld van het slachtoffer, en bedingen van uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid (A. CHARAF ELDINE, *Sem.J.*, 1974, I, 2647, nr. 17; zie boven, nr. 134 e.v.).

De rechter blijft in de keuze van de vorm van het herstel tegenover de erfgenamen als tegenover de erflater zelf, even vrij volgens de verder te bespreken regel (zie verder, nr. 289). M.a.w. de erfgenamen zetten noch min noch meer de vordering van de *de cujus* voort.

2. *Vaststelling welke aanspraak tot de nalatenschap behoort*

207 Indien aldus de onbeperkte erfelijkheid van de aanspraken als algemene regel geldt, moet vervolgens bepaald worden welke aanspraken tot de nalatenschap kunnen behoren. Op dit gebied vooral komen in de rechtspraak voortdurende betwistingen voor.

Aan het principe zij nogmaals herinnerd: de aanspraak ontstaat op het ogenblik waarop de schade, ten gevolge van een onrechtmatige daad, veroorzaakt of ontstaan is, of waarop haar toekomstig ontstaan naar redelijke verwachting vaststaat (zie boven, nr. 150).

In verband met het overlijden van een gehuwde persoon werd, evenals na invaliditeit, de vraag gesteld, welke aanspraak of schadeloosstelling eigen goed blijft en welke integendeel in gemeenschap valt (zie b.v. Cass., 25 nov. 1963, *J.T.*, 1964, 226; Brussel, 23 mei 1960, *Pas.*, 1961, II, 181; R. PIRET, *Du caractère commun ou propre des créances nées en suite d'un accident corporel, dont un époux commun en biens a été victime, R.G.A.R.*, 1952, 4946).

De betwistingen in dit verband betroffen vooral de schadeloosstelling wegens invaliditeit en extrapatrimoniale schade (zie verder, nr. 1191 e.v.).

Sinds de Wet van 14 juli 1976 blijft het recht op herstel van persoonlijke lichamelijke of morele schade eigen (art. 1401 B.W.) (zie hierover: *Het nieuwe Belgische huwelijksvermogensrecht*, Gent, 1978, blz. 206 e.v.).

208 Er zijn een reeks schadegevallen die bij nader onderzoek uiteraard moeilijk aanleiding kunnen geven tot betwisting.

Aldus b.v. mocht de broeder van een gedood slachtoffer, als erfgenaam van zijn vader die zelf na het dodelijk ongeval overleden was, diens aanspraak op genoegdoening wegens het overlijden van zijn zoon *jure haereditario* laten gelden (Rb. Hoei, 27 juni 1946, *Bull.Ass.*, 1946, 300).

In dezelfde zin mocht gevonnist worden dat de erfgenamen van de weduwe van een gedood slachtoffer, haar aanspraak op genoegdoening erfden, samen met de door haar geërfde aanspraak op genoegdoening van het gedode slachtoffer zelf (COLMAR, 16 dec. 1949, *Rec.Dall.*, 1950, *Somm.*, 36).

Er zal in het algemeen geen betwisting oprijzen voor de schade buiten alle verband met zijn overlijden, door het gedode slachtoffer zelf geleden. Aldus b.v. de eerkrenking door het slachtoffer enkele maanden vóór zijn dood ondergaan en waarvoor hij nog geen schadeloosstelling bekwam.

Dit geldt evenzeer voor de schade veroorzaakt door dezelfde onrechtmatige daad die de dood van het slachtoffer veroorzaakte, maar vóór de dood verwezenlijkt was, o.m. de uitgaven voor vervoer en verzorging, het inkomstenverlies, pijn en smart en gederfde levensvreugde tot aan het overlijden geleden.

209 Een moeilijkheid van louter feitelijke aard rijst op indien de dood, of de haar voorafgaande bewusteloosheid, zo plots intrad dat niet kan vastgesteld worden of het slachtoffer al dan niet persoonlijk enig leed heeft kunnen ondergaan, of bewust kon zijn van zijn tragisch einde. In dit laatste geval wordt vrijwel algemeen door de rechtspraak aangenomen, dat geen extrapatrimoniale schade door het slachtoffer geleden werd, en dat derhalve geen enkele aanspraak uit dien hoofde tot zijn nalatenschap behoort (zie verder, nr. 802).

210 Veel moeilijker is de rechtsvraag die in dit verband gesteld wordt: lijdt het slachtoffer zelf schade door zijn dood; en zo ja, ontstond met dit overlijden een aanspraak op schadeloosstelling, die dan op de nalatenschap overging?

Op deze vraag zal, bij de studie van de begroting der schadeloosstelling na doodslag, ontkennend mogen geantwoord worden (zie verder, nr. 802 e.v.).

3. Onderscheid tussen de vordering ex haerede en de persoonlijke aanspraak

211 Deze vraagstukken en hun oplossing vereisen een zeer duidelijk onderscheid tussen beide soorten van aanspraken die uit doodslag kunnen ontstaan. Derhalve moet de hoedanigheid waarin de aanspraakmakende persoon optreedt, zorgvuldig nagegaan worden.

Dit onderscheid werd reeds besproken in verband met de mogelijke samenloop van aanspraken en het naast elkaar of samen optreden van verschillende aanspraakgerechtigden (zie boven, nr. 132 e.v.).

4. Verdeling van de aanspraak ex haerede tussen de rechthebbenden

212.1 Nadat vastgesteld werd in welke hoedanigheid de eiser optreedt, en wel als rechtsopvolger van de aanspraakgerechtigde of eventueel, als gerechtigd in de huwgemeenschap, en nadat de vraag vooraf beantwoord werd, welke schade tot de nalatenschap en gebeurlijk tot de huwgemeenschap, behoort, moet nagegaan worden hoe de verdeling van deze aanspraak tussen de rechthebbenden geschiedt.

Na een dodelijk ongeval b.v. zal de vraag oprijzen of de overledene ofwel de wettelijke huwgemeenschap de schade geleden hebben, dan wel de nabestaanden persoonlijk.

Aan deze belangrijke vooraf te beantwoorden vraag wordt niet altijd voldoende aandacht geschonken.

De regelen van scheiding en deling van de huwgemeenschap en de nalatenschap zijn slechts toepasselijk op de aanspraken die tot de nalatenschap of de huwgemeenschap behoren; zij kunnen geenszins toegepast worden op de aanspraak op herstel van schade door terugkaatsing geleden door de aanspraakgerechtigden zelf ook al zijn deze tevens erfgenamen.

De vraag, welke aanspraken op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad eigen goed blijven, en welke in gemeenschap vallen wordt verder besproken. De betwistingen in dit verband betreffen vooral de herstelvordering wegens invaliditeit en extrapatrimoniale schade (zie verder, nr. 1191 e.v.).

Deze vraag zal vanzelfsprekend dienen beantwoord te worden vooraleer het erfrecht van de overlevende echtgenoot onderzocht wordt.

De eis van de overlevende echtgenoot als erfgename is slechts ontvankelijk in het geval bepaald door artikel 767, 1, B.W., nl. bij ontbreken van andere erfgenamen of natuurlijke kinderen, en als rechthebbende op vruchtgebruik, mits zij afgifte bekwam van haar vruchtgebruik luidens artikel 767, II, § 2, B.W. (Brussel, 9 jan. 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3436; zie verder: Corr. Oudenaarde, 4 maart 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4343; Brussel, 16 dec. 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4345; Corr. Oudenaarde, 3 juni 1949, *R.W.*, 1949-50, 721; Rb. Antwerpen, 9 nov. 1950, *J.T.*, 1951, 136).

De verdeling zelf is dan verder door de regelen van het erfrecht beheerst (Corr. Brussel, 30 juni 1948, *J.T.*, 1949, 280; Rb. Brussel, 17 maart 1949, *Bull.Ass.*, 1949, 516; Corr. Antwerpen, 12 juli 1949, *R.W.*, 1950-51, 723; *vgl.* wat het natuurlijk kind betreft: Luik, 24 okt. 1950, *R.G.A.R.*, 1953, 5100; *J.T.*, 1951, 8; *vgl.* ook, over de toepassing van deze principes in het algemeen: M. DE MEUR, *A propos de la dévolution des dommages-intérêts attribués aux héritiers de la victime d'accident, Bull.Ass.*, 1929, 1029. Die bijdrage zou aan duidelijkheid en nauwkeurigheid gewonnen hebben door een duidelijker onderscheid tussen de vordering *ex haerede* en deze ten persoonlijke titel; zie ook nog: *Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 81; SOURDAT, I, nr. 59, blz. 43).

Maar de rechtbank moet over de onderlinge verdeling tussen de erfgenamen geen uitspraak doen wanneer zij allen eensgezind samen optreden (zie verder, nr. 213). In geen geval echter kan de verdeling op een andere grondslag gedaan worden dan door de toekenning van ieders aandeel in de onverdeeldheid.

212.2 Door de Wet van 5 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot wordt deze echtgenoot niet langer meer als een onregelmatige erfgenaam behandeld en krijgt hij het statuut van volwaardig erfgenaam.

In de rangorde komt de langstlevende na de kinderen (wettige, natuurlijke of geadopteerde) of hun afstammelingen, maar vóór de ascendenten of zijverwanten. Komt de langstlevende in samenloop met kinderen of hun afstammelingen dan heeft hij recht op het vruchtgebruik van de gehele nalatenschap, waarvoor de in bezitstelling voor de rechtbank niet moet gevraagd worden.

Door de nieuwe wet wordt de langstlevende echtgenoot daarenboven een reservataire erfgenaam, nl. met betrekking tot de helft van het vruchtgebruik van de nalatenschap en in elk geval tot de preferentiële goederen, welke de echtelijke woning, de stofferende huisraad ervan en de erbij horende huurrechten omvatten (zie meer uitgebreid de bespreking van de wet: *Gedr.St., Senaat*, 1968-69, 200; 1973-74, 30, 56 en 71; 1975-76, 789; 1980-81, 600) *Gedr.St., Kamer*, 1973-74, 716; 1974-75, 298; 1980-81, 797; E. VAN HOVE, *Het nieuw erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, Brugge, 1981; CASMAN/VASTERSAVENDTS, *De langstlevende echtgenote*, Antwerpen, 1982).

213 Indien alle rechthebbenden in de nalatenschap of huwgemeenschap eensgezind en samen optreden bestaat er geen moeilijkheid. Zij zullen onderling omtrent de verdeling van de bekomen schadeloosstelling een regeling treffen, en, waar betwisting ontstaat, zal deze volgens de voorschriften die de scheiding en deling beheersen, beslecht worden.

Tussen de eisers die samen tegen een derde de vordering op grond van artikel 1382 B.W. instellen bestaat geen *litis contestatio* en de rechter moet over de verdeling van de schadeloosstelling onder hen geen uitspraak doen. Zelfs waar hij het zou doen, kan dit beschikkend gedeelte te hunnen opzichte geen gezag van gewijsde bezitten: *tantum indicatum, quantum litigatum.*

De aansprakelijke heeft ook geen enkel belang bij deze verdeling, vermits zij aan zijn veroordeling niets kan bijbrengen of afdoen. De veroordeling wordt niet gewijzigd door de vaststelling dat een onderdeel van de aanspraak uitsluitend aan de persoon van de overledene verbonden was en derhalve niet in gemeenschap gevallen.

Evenmin zal iets aan het totale bedrag gewijzigd worden, door de vaststelling van de onderscheidene rechten van een weduwe en de kinderen, van de erfgenamen onderling, of van gebeurlijke legatarissen.

Maar onder de erfgenamen onderling moet de verdeling gedaan worden op grond van hun erfelijk aandeel of hun aandeel in de huwgemeenschap, behoudens onderlinge afwijkende overeenkomst (Brussel, 16 dec. 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4345; Rb. Luik, 4 april 1950, *Bull.Ass.*, 1950, 831; *anders:* ten onrechte, Corr. Luik, 1 april 1950, *Bull.Ass.*, 1950, 824; *vgl.* verder, nr. 1073 e.v., wat de gezinsschade betreft).

214 Het geval is anders waar niet alle erfgerechtigden samen optreden.

Vooreerst wordt de vraag gesteld of één onder hen afzonderlijk voor het geheel van de schade *ex haerede* kan optreden.

Er werd ten onrechte als principe voorgehouden dat de alleen optredende erfgenaam zou mogen beschouwd worden als de voortzetter van de persoon van de overledene, en niet als rechthebbende in een deel van zijn nalatenschap (PERRET, blz. 149).

De verdeling van de schuldvorderingen van de *de cujus* geschiedt immers van rechtswege onder de erfgerechtigden (art. 1220 B.W.).

Voorzeker, deze mogelijkheid die elke erfgenaam bezit om afzonderlijk zijn deel op te vorderen, kwijt te schelden, of door schuldvergelijking te zien uitdoven, op grond van het wettelijk principe der verdeling van rechtswege der schuldvorderingen van een nalatenschap (art. 1220 B.W.), moet betreurd worden. Veel beter dan ons wettelijk stelsel is het Duitse stelsel van de *Gesamte Hand* (§§ 2039 en 2040 B.G.B.) dat ook in Zwitserland overgenomen werd (art. 602 Z.G.B.) volgens hetwelk de schuldvordering onverdeeld blijft tot aan de verdeling, en het samen optreden van alle gerechtigden vereist, hetgeen gedeeltelijke betaling of schuldvergelijking uitsluit.

De erfgenamen kunnen dus afzonderlijk voor hun deel optreden (Cass., 26 febr. 1962, *J.T.*, 1963, 7) maar dan ook slechts voor hun deel (Rb. Antwerpen, 9 nov. 1950, *J.T.*, 1951, 136).

Er bestaat immers onder hen geen actieve hoofdelijkheid in de zin van artikel 1197 B.W., zodat de volledige betaling, door de aansprakelijke aan één erfgerechtigde gedaan, hem niet zou bevrijden ten opzichte van de andere erfgerechtigden, behoudens het uitzonderlijk geval van geldige bevrijding wegens rechtsschijn.

Waar slechts één van de erfgerechtigden optreedt voor zijn deel, hetgeen hij kan, zou een andere

erfgerechtigde tegen het vonnis, luidens artikel 474 Rv. derdenverzet kunnen doen (GARSONNET/CÉZAR-BRU, VI, nr. 546, blz. 905). De rechter zou dus ook ambtshalve het in zake roepen van de medeërfgenamen kunnen bevelen (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Intervention en matière civile*, nr. 81).

Er moet opgemerkt worden dat art. 474 Rv. bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek werd vervangen door art. 1122 Ger.W., welk artikel nu op beperkende wijze de gevallen aangeeft waarin rechtverkrijgenden en schuldeisers dit buitengewoon rechtsmiddel kunnen aanwenden (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 433).

215 Het is weliswaar mogelijk dat de erfgenamen de gehele schuldvordering aan één onder hen toekennen.

Betreffende deze mogelijkheid bestaat betwisting over de toepasselijkheid van art. 1690 B.W. (zie hierover VAN BIERVLIET, *Les Successions*, tweede druk door VAN GOETHEM, nr. 322 e.v., 463 e.v.; DE PAGE/DEKKERS, IX, 1974, nr. 1335, blz. 950 e.v.).

In elk geval is op de overdracht van deze, bij onderstelling betwiste schuldvordering, aan een medeërfgenaam, de wederinkoop door de aangesprokene niet mogelijk (art. 1701, 1°, B.W.).

216 Indien de alleen optredende erfgenaam beweert op te treden als lasthebber van zijn medegerechtigden, zou hij in het rechtsgeding evenwel niet kunnen optreden, zonder aanduiding van zijn lastgevers. Hij kan slechts mede uit hun naam en voor hun rekening optreden, mits aanduiding en, — bij betwisting, — mits het bewijs van zijn hoedanigheid van lasthebber en van de persoon van de lastgevers (GARSONNET/CÉZAR-BRU, I, nr. 363, blz. 543; SOLUS/PERROT, *Droit Judiciaire Privé*, 1961, nr. 271, blz. 253; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Action*, nr. 73 e.v.; zie Tw. *Lastgeving*, nr. 77; Cass., 30 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, 1131; *Arr.Cass.*, 1969, 1197; Rb. Brussel, 17 juni 1966, *J.T.*, 1966, 633; Kh. Brussel, 15 maart 1967, *R.W.*, 1966-67, 1972; Brussel, 15 april 1969, *Pas.*, 1969, II, 161). M.a.w. in dit laatste geval, zouden in werkelijkheid alle erfgerechtigden optreden, vertegenwoordigd door hun lasthebber.

217 In één uitzondering kan een erfgenaam afzonderlijk optreden, zonder de medegerechtigden, en wel op grond van artikel 1224 B.W.

Dit is het geval waar de schadeloosstelling in specifieke vorm gevorderd wordt (zie over deze herstelvorm, verder, nr. 276 e.v.). De verbintenis tot herstel in specifieke vorm is inderdaad ondeelbaar.

Dit zou b.v. het geval zijn waar de publikatie van een eerherstellend vonnis gevorderd wordt, tegen degene die de overledene in zijn eer te na gekomen was.

Mocht evenwel de rechtbank van oordeel zijn dat een geldsom een beter herstel uitmaakt (zie verder, nr. 289 e.v., wat de vrijheid van de rechter dienaangaande betreft), dan zou aan de alleen optredende erfgenaam slechts zijn erfelijk aandeel kunnen toegewezen worden (art. 1220 B.W.).

C. TOEZICHT VAN HET HOF VAN CASSATIE

218 De mogelijkheid van de overdracht onder levenden van een aanspraak op schadeloosstelling werd door het Hof van Cassatie impliciet erkend (R.H., noot onder Cass., 24 dec. 1941, *Pas.*, 1941, I, 471).

Betreffende de overgang van de aanspraak, door erfenis of legaat werd het principe erkend betreffende de meest betwiste vraag, de overgang van de aanspraak op genoegdoening van extrapatrimoniale schade (Cass., 30 juni 1930, *Pas.*, 1930, I, 281; *R.G.A.R.*, 1932, 1059; Cass., 26 sept. 1955, *Pas.*, 1956, I, 38; *R.W.*, 1955-56, 1563; *vgl.* Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45, met noot L. MAZEAUD).

Of een aanspraak op schadeloosstelling al dan niet vóór het overlijden ontstaan is, m.a.w., of de overledene zelf schade leed, wordt als een feitelijke vraag beschouwd. De vraag behoort derhalve tot de soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter (Cass., 29 dec. 1892, *Pas.*, 1893, I, 66; Cass., 30 juni 1898, *Pas.*, 1898, I, 254).

De zekerheid van deze schade moet echter ondubbelzinnig vastgesteld worden.

Is derhalve niet ten gevolge van rechte gemotiveerd, de toewijzing van de eis op grond van de beschouwing dat het twijfelachtig is of het slachtoffer het bewustzijn al dan niet onmiddellijk verloren had (Cass., 31 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 223).

TITEL III

DE SCHADELOOSSTELLING

HOOFDSTUK I

GRONDREGELS

AFDELING I

BEGRIP EN TERMINOLOGIE

219 Luidens artikel 1382 B.W. rust de verbintenis tot schadeloosstelling op de aansprakelijke; daarmede heeft de wetgever dan ook alles gezegd. Bij het begrip der vergoeding stelt men dezelfde l e e m t e vast als bij de b e p a l i n g van wat schade is (zie boven, nr. 4).

Er kan slechts opgemerkt worden dat het woord *réparer* gebruikt werd, en dat niet gesproken werd van *dommages-intérêts,* zoals dit bij de regeling van de contractuele aansprakelijkheid het geval is. *Réparation* is de term met de meest uitgebreide betekenis; deze term werd zelfs wel eens tegengesteld aan *dommages-intérêts,* zoals b.v. in Titel V van het Decreet van 10 *Vendémaire,* jaar IV.

Er is dus slechts sprake van vergoeding in de ruimst mogelijke zin, doch zonder bepaling waaraan deze zou moeten beantwoorden.

De leemte, die aldus in de wet vastgesteld is, diende door de rechter aangevuld te worden volgens de gewone regel dat, waar de wet een woord aanwendt zonder er een bijzondere bepaling van te geven, het woord in zijn gebruikelijke betekenis moet begrepen worden (*vgl.* wat het principe betreft: Cass., 27 nov. 1950, *Pas.,* 1951, I, 176, met noot; Cass., 4 dec. 1973, *Arr.Cass.,* 1974, 382; *Pas.,* 1974, I, 363; Cass., 14 okt. 1975, *Arr.Cass.,* 1976, 198, *Pas.,* 1976, I, 193; zie boven, nr. 5).

220 De schade herstellen, of iemand schadeloos stellen, is terug goedmaken of aanvullen wat vernield, verminderd of aangetast werd. De schade vergoeden is de schade doen verdwijnen.

Aan het juiste schadebegrip beantwoordt dan ook het juiste begrip der schadeloosstelling.

Er werd op gewezen hoe de schade onvolledig en o n n a u w k e u r i g bepaald werd als het verschil tussen de huidige toestand van de benadeelde en de toestand *quo ante* (zie boven, nr. 5).

Aan deze onjuiste bepaling beantwoordt een even onjuiste bepaling der schadeloosstelling, waarin de bedoelde *restitutio in integrum* slechts beantwoordt aan het herstel van de *status quo ante.*

Schadeloosstellen zou dan betekenen, het slachtoffer herstellen in de toestand waarin het v ó ó r het

ongeval verkeerde (zie o.m. PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 164, blz. 352; conclusie O.M. voor Cass., 26 febr. 1931, *Pas.*, 1931, I, 94; Cass., 19 dec. 1949, *Pas.*, 1950, I, 254; Kh. Antwerpen, 22 dec. 1952, *J.Port.Anv.*, 1952, blz. 474).

Hierbij mag weliswaar opgemerkt worden dat, in de praktijk, deze onnauwkeurigheid, in de bepaling van het begrip der schadeloosstelling niet steeds tot een onjuist of een onvolledig herstel leidde; zij houdt echter noodzakelijk dit gevaar in.

Als voorbeeld moge hier volstaan, een arrest dat wegens schending van artikel 1382 B.W. verbroken werd (Brussel, 29 juni 1951, *onuitg.*, verbroken door Cass., 31 maart 1952, *Pas.*, 1952, I, 489; *R.W.*, 1952-53, 58; *R.G.A.R.*, 1953, 5242; *J.T.*, 1952, 362).

Uitgaande van deze onjuiste bepaling van de schade en van de schadeloosstelling, — als uitslag van de vergelijking tussen de toestand van de benadeelde vóór en na het ongeval, — besloot het verbroken arrest dat, het overlijden van de weduwe van het slachtoffer, door een oorzaak vreemd aan de onrechtmatige daad, waardoor dit laatste gedood werd, niet in aanmerking kon komen bij de begroting van de schadeloosstelling; hierbij diende volgens het Hof van Beroep integendeel slechts in acht genomen te worden de vermoedelijke levensduur zoals deze door de sterftetabellen aangeduid was ten tijde van de eis (betreffende deze onjuiste stelling, zie verder, nr. 911 e.v.).

De schade mocht bepaald worden als de uitslag van de vergelijking tussen de huidige en toekomstige toestand van het slachtoffer met die waarin het zou gebleven of gekomen zijn, was het schade veroorzakende feit niet verricht (zie boven, nr. 5 en 22).

Zoals reeds opgemerkt werd bestaat de schade niet alleen uit hetgeen het vermogen verminderde, maar ook gebeurlijk uit hetgeen een aangroei ervan verhinderde (zie boven, nr. 29).

De schadeloosstelling heeft dus niet alleen het *damnum emergens*, doch ook het *lucrum cessans* tot voorwerp.

De balans wordt immers gemaakt tussen de huidige werkelijkheid en een hypothetische toestand: hetgeen zou gebeurd zijn was de schade niet veroorzaakt (zie boven, nr. 22).

Schadeloosstellen of vergoeden is dan ook niet het terug verwezenlijken van een vroegere toestand, maar wel: de benadeelde zo goed mogelijk in de toestand brengen, waarin hij verbleven of gekomen was, indien de onrechtmatige daad niet verricht was, en zulks ten laste van de aansprakelijke, of voor diens rekening.

Een gelijkaardige bepaling geldt in § 249 B.G.B.: Wenn zum Schadenersatze verplichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verplichtende Umstand nicht eingetreten wäre (zie o.m. ENNECCERUS-LEHMAN, § 14, II, blz. 57; GUHL, § 10, 1, blz. 63; O.G.H. REULEN, 20 jan. 1949, Deutsche Rechtsprechung, I, (123), 10). Een even nauwkeurige bepaling werd ook door het Hof van Cassatie gegeven in een arrest van 15 mei 1941: „réparer un dommage, c'est rétablir la partie qui l'a subi dans la situation où elle serait demeurée si le fait illicite dont elle se plaint n'avait pas été commis" (Dit belangrijk motief is niet in de korte inhoud opgenomen, *Pas.*, 1941, I, 195, kol. 2; in die zin ook: SAVATIER, II, nr. 601, blz. 288; TUNC, *Les récents développements des droits Anglais et Américain, R.Int.Dr.Comp.*, 1953, nr. 33, 31; C.D. VAN BOESCHOTEN, *De omvang van de schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad*, 1952, blz. 1 e.v.; ASSER/RUTTEN, *Ned. Burgerlijk Recht*, 1958, derde deel, I, *De Verbintenis*, blz. 202; DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 7; *vgl.* Cass.fr., 2° civ., 9 mei 1972, *Rec.Dall.*, 1972, *Rec. Sirey*, 167; Rb. Aarlen, 25 febr. 1954, *J.Liège*, 1955-56, 32).

Een zelfde bepaling geldt in het Engelse recht: „The principle ... is a „*restitutio in integrum*"; in other

words, the principle of replacing the party who has received the damage in the same position in which he would have been, provided the collision had not occured (The Colombus (1894), 3 Wn Rob. 158; *The English and Empire Digest*, XVII, blz. 83, nr. 28); of nog: ,,... in the same position as he would have been if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation'', LORD BLACKBURN, in *Livingstone* v. *Raugards Co* (1880), 5 App.Cas. 25, *The English and Empire Digest*, XVII, blz. 83, nr. 29).

Er werd gezegd: zo goed mogelijk, omdat de schadeloosstelling noodzakelijk in verhouding staat met de vatbaarheid voor herstel (in die zin ook: ENNECCERUS-LEHMANN, § 14, II, blz. 57: ,,Jemanden, soweit möglich, in dieselbe Vermögenslage bringen, in der er sich befinden würde wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre''; VAN BOESCHOTEN, *t.a.p.*).

In dit opzicht was de bepaling van LAROMBIÈRE reeds goed: ,,Réparer le dommage, c'est satisfaire, autant que possible, celui qui l'a souffert, au moyen d'une indemnité appropriée à la nature du préjudice et à la possibilité de sa réparation'' (LAROMBIÈRE, *Obligations*, III, *ad* art. 1382-1383, nr. 26, blz. 429).

Toepassing hiervan zal voortaan gemaakt worden ten aanzien van de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade (zie verder, nr. 677 e.v.).

Er werd reeds opgemerkt dat schade voor vergoeding in aanmerking komt, niettegenstaande alle moeilijkheden om haar omvang of bedrag te begroten (zie boven, nr. 78). De schadeloosstelling zal dan in deze gevallen bij benadering geschieden, d.i. zo goed mogelijk.

De verbintenis tot schadeloosstelling rust luidens artikel 1382 B.W. op de aansprakelijke. Daarom wordt aan de bepaling toegevoegd: ten laste van de aansprakelijke, of voor zijn rekening.

Deze zinsnede is zeer belangrijk voor de juiste bepaling van de schadeloosstelling.

Theoretisch kan zij, op louter deductieve wijze, afgeleid worden uit het begrip der voldoening van de verbintenis, of betaling in het algemeen.

In werkelijkheid is het criterium voor de vaststelling, of al dan niet schadeloosstelling verschaft werd, de uitslag van een inductieve redenering uit bepaalde toepassingsgevallen.

De schadelijke gevolgen van een onrechtmatige daad kunnen inderdaad te niet gedaan of beperkt worden, door andere gebeurtenissen dan de betaling van de schadeloosstelling, m.a.w. dan door de voldoening van de verbintenis van de aansprakelijke door deze laatste of voor diens rekening door een derde.

Vooreerst kan de benadeelde, door persoonlijke inspanningen, in gevallen waar hij daartoe redelijk niet gehouden is, op die wijze de schade te beperken (zie verder, nr. 464 e.v.), opnieuw inkomsten verwerven gelijk of bij benadering gelijk aan het bedrag van de inkomsten die hij ten gevolge van de onrechtmatige daad verbeurd had. Aldus b.v. kan de weduwe van een door een onrechtmatige daad gedode persoon na diens overlijden, zelf een winstgevend bedrijf aanvatten en met succes uitoefenen. Terecht werd een arrest verbroken waarin de inkomsten, door een weduwe verwezenlijkt na het overlijden van haar echtgenoot, toegerekend worden op het bedrag van de schadeloosstelling verschuldigd door de persoon die voor het overlijden van laatstgenoemde aansprakelijk was. Benevens andere motieven die verder zullen besproken worden (zie verder, nr. 385 e.v.), liet het Hof van Cassatie gelden: ,,Ceci équivaudrait ... à mettre le dommage résultant de l'acte illicite, à charge d'une personne autre que l'auteur responsable'' (Cass., 4 juli 1955, *J.T.*, 1955, 635; *Pas.*, 1955, I, 1193; *R.G.A.R.*, 1955, 5632).

Hierdoor werd de juistheid bevestigd van het hier besproken gedeelte van de bepaling der schadeloosstelling. Vervolgens nog kunnen naar aanleiding van een schadegeval, uitkeringen gedaan worden door

derden, andere dan de aansprakelijke persoon, die daarbij geenszins handelen voor rekening van de aansprakelijke.

Deze uitkeringen kunnen dan ook, zelfs waar zij naar aanleiding van een schadegeval gedaan worden, geenszins op het bedrag daarvan toegerekend worden; de presterende derde betaalt inderdaad niet de schuld van de aansprakelijke, en voldoet derhalve geenszins zijn verbintenis tot schadeloosstelling.

Dit zou b.v. het geval zijn waar derden uit vrijgevigheid steun verlenen aan het door een onrechtmatige daad getroffen slachtoffer.

Dit zal ook het geval zijn in de vaak voorkomende en verder te bespreken uitkeringen van pensioenen, kapitalen of renten van levensverzekeringen e.d.m.

Deze vraagstukken worden verder besproken in hun samenhang met het leerstuk van het toerekenen der voordelen (zie verder, nr. 519 e.v.).

221 Wat de terminologie betreft, mag opgemerkt worden dat de termen herstel, schadeloosstelling, vergoeding en schadevergoeding synoniemen zijn.

Het eerste echter duidt meer op een rechtstreeks goedmaken, de laatste duiden eerder op een goedmaken door het verschaffen van een waarde ter vervanging van het geleden verlies, b.v. door de betaling van een geldsom.

De woorden schadeloosstelling en herstel hebben dan ook de meest algemene betekenis en leiden zeker niet tot misverstand door beperking.

Vergelijk met het Franse woord *réparation* beantwoordend aan de Franse tekst van artikel 1382 B.W. *réparer*. Men spreekt ook van *dédommagement*.

In het B.G.B. is sprake van *Schadenersatz* (§ 249, § 842 e.v.), en van *Entschädigung* (§ 251, § 847).

In Zwitserland worden de woorden *réparation* en *Schadenersatz* (art. 41-42 O.R. e.v.) gebruikt, terwijl voor het herstel van de extrapatrimoniale schade een aan het Zwitserse recht eigen, gelukkige uitdrukking gebruikt wordt: *Genugtuung* (art. 47 O.R.), waarvoor echter met *réparation morale* in de Franse tekst geen passende vertaling gegeven werd.

AFDELING II

UITSLUITING VAN DE VOORSCHRIFTEN UIT HET CONTRACTENRECHT

§ 1. Het principe

222 In tegenstelling met de regeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, is, in het Burgerlijk Wetboek, de schadeloosstelling wegens het niet nakomen van een verbintenis uit overeenkomst zeer uitvoerig geregeld.

De vraag werd dan ook gesteld of die bepalingen (art. 1146 tot 1155 B.W.) hier, hetzij rechtstreeks hetzij op analogische wijze, toepassing vinden.

M.a.w., dient de aangesprokene vooraf ingebreke gesteld te worden? Is de schadeloosstelling te beperken tot de vergoeding van de voorzienbare schade, wanneer de aan de aangesprokene verweten onrechtmatige daad vrij is van bedrog? Geldt de gelijkaardige beperking ten aanzien van de

schade, die niet het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van de onrechtmatige daad? Kan de beperkende regeling betreffende de interesten hier aangewend worden?

Er mag onmiddellijk opgemerkt worden dat de jongere buitenlandse wetboeken deze vraag vermeden hebben door in eenheid van regeling te voorzien voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en voor die wegens het niet nakomen van verbintenissen uit overeenkomst.

Dit is het geval voor het Duitse B.G.B., waarin de aard en de omvang van de schadeloosstelling in het algemeen geregeld worden in de titel *Verpflichtung zur Leistung* (§ 249, § 255). Betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bestaan afzonderlijk slechts aanvullende voorschriften (titel *Unerlaubte Handlungen*, § 842 e.v.).

Duidelijker nog zijn het Zwitserse *Obligationenrecht* en de Italiaanse *Codice Civile*.

Het eerste bepaalt in artikel 99, derde lid, O.R. dat de voorschriften betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, op analogische wijze toepassing vinden ten aanzien van de gevolgen der contractuele schuld.

Het is wellicht niet nutteloos hier aan te stippen dat, oorspronkelijk, in het vroegere Wetboek, voorzienbare en rechtstreekse schade in het contractenrecht vereist was: deze afzonderlijke regeling zoals zij steeds in het B.W. bestaat, is door het huidige artikel 99 O.R. met verwijzing naar het gemeenrechtelijke artikel 41 O.R. afgeschaft (OSERSCHÖNENBERGER, I, *ad* art. 99, blz. 548; VON THUR, I, § 13, I, blz. 73, en voetnoot 11).

De Italiaanse *Codice Civile* daarentegen verwijst bij de regeling der aansprakelijkheid (art. 2056), naar de regeling van de schadeloosstelling in de art. 1223, 1226 en 1227 C.Civ.it., d.w.z. naar het contractenrecht, dat nagenoeg overeenstemt met de regeling van de schadeloosstelling uit overeenkomst in het B.W. (zie *Italienisches Zivilgesetzbuch* (1942), door H.J. BECKER, Berlin-Tübingen, 1965).

Naar Nederlands recht integendeel is de vraag op precies dezelfde wijze gesteld als in het gebied van de *Code Civil*, nl. kunnen de artikelen 1279 e.v. Ned. B.W. (vierde afdeling van boek III, titel I), die de tegenhangers zijn van onze artikelen 1146 e.v. aanwending vinden op de schadeloosstelling uit onrechtmatige daad?

Er kan aangestipt worden dat in Nederland een ruimere analogische aanwending vrij algemeen aanvaard wordt (zie hierover o.m. ASSER/LOSECAAT VERMEER, *Verbintenissenrecht*, blz. 186; VAN BRAKEL, I, § 504, blz. 608; VÖLLMAR, nr. 771, blz. 332; *vgl.* WOLFSBERGEN, blz. 195 e.v.; VAN BOESCHOTEN, blz. 2 e.v.; DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 5; ook III, nr. 4 en nr. 16 e.v.).

Dit standpunt wordt in het nieuw B.W. verder doorgetrokken, daar slechts één regeling voor de verplichting tot schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad wordt voorzien in Boek VI, Titel I, Afdeling 9 (DRION, II, nr. 5).

De bestanddelen van de vraag zijn dus de volgende: enerzijds zijn de modaliteiten van de schadeloosstelling uitvoerig geregeld in het verbintenissenrecht met betrekking tot de overeenkomsten, en anderzijds, werd met betrekking tot de onrechtmatige daad, door de wetgever elke regeling nagelaten.

Is het geen vereiste van continuïteit en symmetrie in het recht, vooral in een gecodificeerd recht, dat de voorziene regeling zou toegepast worden op de schijnbaar verwante, niet geregelde stof?

223 Symmetrie kan ongetwijfeld beantwoorden aan een zin van schoonheid en regelmaat of *elegantia iuris*, doch is geenszins een juridisch vereiste.

Luidens artikel 1107 B.W. zijn de voorschriften van Titel III, Burgerlijk Wetboek,

toepasselijk op alle overeenkomsten, en dan nog voor zover in geen afwijkende regeling voorzien is voor bijzondere overeenkomsten, terwijl de verbintenissen uit onrechtmatige daad in een andere titel van het Wetboek behandeld worden.

Wanneer bovendien, — afgezien van dit argument *a rubrica*, dat als dusdanig slechts zeer geringe waarde heeft, — de werkelijkheid zorgvuldig nagegaan wordt, moet vastgesteld worden dat heel de regeling van de schadeloosstelling wegens het niet uitvoeren van een verbintenis uit overeenkomst, bepaald wordt door haar oorsprong en grondslag, nl. de overeenkomst.

Dit zou reeds volstaan om de regeling van de schadeloosstelling uit overeenkomst niet aan te wenden op de verbintenis uit onrechtmatige daad (*vgl.* J. VAN RIJN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, nr. 42, blz. 56).

Inderdaad, aanspraak en aansprakelijkheid ontstaan uit een gebeurtenis die haar oorsprong niet vindt in een samentreffen van de wil van de partijen en die hun uiteraard niet toeliet de gevolgen van een gebeurlijk niet-vervullen van hun verbintenis te voorzien, en zodoende deze voorziening in hun overeenkomst te begrijpen.

Daarom wordt de toepassing van de regelen der contractuele aansprakelijkheid terecht uitgesloten (LAURENT, XX, nr. 523, blz. 566 e.v.; *Pand.B.*, Tw. *Dommages-intérêts*, nr. 279, 326 e.v.; J. VAN RIJN, nr. 34, blz. 46 e.v.; *vgl.* DE PAGE, II, nr. 1023, blz. 1065; *Nov.*, *Droits Intellectuels*, II, *De la contrefaçon*, nr. 372, blz. 353; AUBRY/RAU, zesde druk, door BARTIN, VI, § 445, blz. 352; DEMOGUE, IV, nr. 460, blz. 121; PERRET, blz. 110 e.v.; P. BARBIER, *J.C.P.*, 1947, I, 585; MAZEAUD/TUNC, *Responsabilité*, 1970, nr. 96 e.v., blz. 101 e.v.; Cass., 17 jan. 1929, *Pas.*, 1929, I, 63, vooral de motieven op blz. 64; Cass., 13 jan. 1932, *Pas.*, 1932, I, 189; Cass., 14 maart 1939, *Pas.*, 1939, I, 140; Cass., 4 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 989; *vgl.* noot J. HERBOTS onder Cass., 7 dec. 1973, *R.W.*, 1973-74, 1597).

De op historische beschouwingen gesteunde twijfel omtrent het al dan niet aanwenden van de regelen die de schadeloosstelling wegens wanprestatie beheersen, spruit voort uit het feit dat de auteurs uit het oude recht slechts de schadeloosstelling wegens wanprestatie uitdrukkelijk behandelen.

Uit de voorbeelden door DOMAT aangehaald blijkt echter dat hij vooral, zo niet uitsluitend, de schade voor ogen had die uit het niet-vervullen van een verbintenis uit overeenkomst kan ontstaan (DOMAT, *Les loix civiles*, Liv. II, Tit. V, Sect. II). Het Burgerlijk Wetboek daarentegen heeft, in tegenstelling met deze auteur, de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in een afzonderlijke titel behandeld. Bovendien waar DOMAT de beperking van de schadeloosstelling uitdrukkelijk motiveert, doet hij zulks op grond van de overeenkomst.

POTHIER is dienaangaande nog stelliger „Le principe sur lequel cette décision est fondée, est que les obligations qui naissent des contrats, ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. Or le débiteur en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteraient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger, que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourraient monter au plus haut les dits dommages et intérêts, et non au delà ..." (POTHIER, *Obligations*, nr. 164).

Ook naar Engels recht wordt het verschil tussen de omvang van de schadeloosstelling in *contract* en in *tort*, vooral in verband met de redelijke voorzienbaarheid van de schade, gesteund op het wezen van de overeenkomst, *mutuality and agreement*, hetgeen, precies op grond van voorzienbaarheid, zelfs een uitbreiding van de omvang der schadeloosstelling uit overeenkomst ten gevolge kan hebben, daar waar de schade in *tort* als *too remote*, d.w.z. buiten de gewone gang van zaken, zou kunnen beschouwd worden (zie hierover vooral de uitvoerige verhandeling over de voorzienbaarheid van schade door LORD WRIGHT, *Re Polemis*, *The Modern Law Review*, 1951, blz. 393 e.v., vooral blz. 394 e.v.).

§ 2. Gevolgen en toepassingen

A. REDELIJKE VOORZIENBAARHEID VAN SCHADE

224 Weliswaar speelt de redelijke voorzienbaarheid van schade een zekere rol in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Men moet echter voorzichtig zijn en een duidelijk onderscheid maken tussen enerzijds de redelijke voorzienbaarheid dat mogelijke schade kan volgen uit doen of laten en anderzijds de redelijke voorzienbaarheid van deze welbepaalde schade, of van de omvang ervan (over het onderscheid tussen het ontstaan en de omvang van de schade, zie boven, nr. 76).

Voorzienbaarheid, in de eerste zin, kan als bestanddeel van de schuld, volgens art. 1382 B.W. gelden, maar slechts om vast te stellen of er rechtmatigheid was of niet en zulks, enkel en alleen waar de schuld bestaat in een gebrek aan vooruitzicht of voorzorg. Het gaat hier dan nog over redelijke voorzienbaarheid, en geenszins over een feitelijk voorzien (*vgl.* Cass., 5 mei 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 869; *Pas.*, 1971, I, 802; Cass., 17 april 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 908; *R.W.*, 1975-76, 938).

Er is echter een heel andere reeks van onrechtmatige daden, die bestaan in een inbreuk op een geschreven of ongeschreven norm, waarin het bestanddeel schuld gelegen is hetzij in de inbreuk op een wel bepaald verbod (b.v. verkeersreglement), of een tekortkoming aan de vereiste behendigheid; m.a.w. waar schuld bestaat, volgens de klassieke bewoordingen, in de verkeerde handelwijze, *l'erreur de conduite*. Bij deze laatste reeks is voorzienbaarheid van schade niet vereist (zie over dit belangrijk onderscheid DEMOGUE, III, nr. 246, blz. 414; SAVATIER, II, nr. 472, blz. 25 e.v., waarbij echter aan te merken valt dat deze auteur ten onrechte aan de normale voorzienbaarheid een rol toebedeelt tot beperking van het oorzakelijk verband).

Bovendien moet opgemerkt worden dat, in elk geval, het vereiste van voorzienbaarheid niet de schade in haar omvang betreft, maar slechts de inbreuk op een verplichting tot doen of laten (*vgl.* SAVATIER, I, nr. 165, blz. 210; DEMOGUE, III, nr. 243, blz. 411).

Het criterium van redelijke voorzienbaarheid geldt dus geenszins om de omvang te bepalen van de te vergoeden schade. Het kan slechts leiden tot volledige opheffing van alle aansprakelijkheid in die gevallen waarin de onrechtmatige daad uitsluitend in een gebrek aan vooruitzicht of voorzorg kan bestaan: „l'imprévisibilité, en supprimant la faute, ne laisse plus de place à la responsabilité" (PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 540, blz. 742; DE PAGE, II, nr. 941, blz. 883, voetnoot 1; MAZEAUD/TUNC, II, nr. 1597, blz. 721; DALCQ, *Traité*, I, nr. 309 e.v., blz. 180 e.v.; Cass., 12 nov. 1951, *Pas.*, 1952, I, 128; *R.G.A.R.*, 1952, 5043; DALCQ, noot onder Cass., 15 dec. 1958, *R.G.A.R.*, 1960, 8483; Cass., 5 mei 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 869; *Pas.*, 1971, I, 802; Cass., 17 april 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 908; Gent, 24 dec. 1953, *R.G.A.R.*, 1955, 5516; Corr. Luik, 27 nov. 1963, *J.T.*, 1964, 130; Corr. Luik, 13 dec. 1965, *J.Liège*, 1965-66, 267).

Zodra derhalve bij de onrechtmatige daad, bestaande in een gebrek aan vooruitzicht of voorzorg, redelijk te voorzien was dat er mogelijk schade, en om het even welke schade uit het doen of laten kon volgen, kan de redelijke voorzienbaarheid van deze welbepaalde schade, van dit welbepaalde slachtoffer, of van de omvang van de door hem geleden schade, geen enkele rol meer spelen.

Het reeds aangehaalde Cassatie-arrest van 17 april 1975 geeft aan dat het feit dat de schade kon voorzien worden slechts ter sprake komt als het culpoze karakter van de daad betwistbaar is; d.i. het geval als de dader redelijkerwijs kon voorzien dat deze daad schade kon teweegbrengen (*Arr.Cass.*, 1975, 909 en noot 5).

Het Belgische recht kent inderdaad niet de relatieve onrechtmatigheid op grond van voorzienbaarheid van schade in hoofde van het welbepaalde belang van het slachtoffer zoals dit in het Angelsaksische recht het geval is (zie hierboven, J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 76 e.v., blz. 78 e.v.; over de verwarring die daaruit in het Engels recht ontstond: *ibid.,* nr. 344, blz. 241 e.v.).

Ook in Nederland werd in hetzelfde verband aan de voorzienbaarheid van de schade ten onrechte een rol toebedeeld buiten haar plaats, nl. in de vraagstukken van het oorzakelijk verband. Om dit verband te erkennen vereiste de Hoge Raad inderdaad dat de schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg van het onrechtmatig doen of laten was.

De Hoge Raad heeft nu echter, de toerekening naar redelijkheid hanterend, in beslissingen omtrent overlijdens- en letselschade uitgemaakt, dat ook schade die niet binnen de normale lijn der verwachtingen ligt of die ontstaat op een zelden voorkomende wijze voor vergoeding in aanmerking komt, maar er kunnen omstandigheden van zodanige aard zijn, dat de schade niet meer als gevolg aan de dader kan worden toegerekend (DRION, I, nr. 325 met verwijzingen; zie ook DRION, III, nr. 22, *sub* 4).

Voorzienbaarheid en causaliteit mogen echter niet verward worden (J. VAN RIJN, nr. 43, blz. 59; A. TUNC, *Les récents développements des drois anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation, R.Int.Dr.Comp.,* 1935, blz. 39, nr. 40; DALCQ, noot onder Cass., 15 dec. 1958, *R.G.A.R.,* 1960, 6483).

Bij vermoede aansprakelijkheid (art. 1384 e.v. B.W.), kan de voorzienbaarheid geen enkele rol meer spelen.

Als een der meest typische toepassingen van deze principes kan het geval aangehaald worden dat aanleiding gaf tot het arrest van het Hof te Amiens op 14 november 1951 (*Rec.Dall.,* 1951, J., 90, met noot LALOU).

Ten gevolge van een gebrek van de zaak van de aansprakelijke was brand ontstaan aan een oogst te velde.

Betreffende de aansprakelijkheid voor deze brand, op grond van artikel 1384 B.W., was geen betwisting.

Een haas, die zich in het midden van het veld bevond, vluchtte voor het vuur, terwijl hij reeds zelf brandend was, zodat de haas op zijn beurt een brandstichter werd.

De voorzienbaarheid van deze verdere brandstichting werd betwist door de aangesprokene, waarop het Hof overwoog:

,,Que ce fait (het vluchten van de brandende haas) ne constituerait pas, faute d'avoir été imprévisible, un cas de force majeure; que de plus est surtout, cet événement serait intervenu comme cause seconde du dommage dont la cause première, les flammèches échappées du tracteur, demeurerait toujours imputable à Monsieur De Graeve'' (*vgl.* echter over dit arrest de beschouwingen van R. DEKKERS, *Le dommage imprévisible, Ann.Not.Enr.,* 1955, nr. 11, blz. 275).

225 Geheel de schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt, ook al was haar omvang niet redelijk voorzien, is ten laste van de aansprakelijke persoon.

Men mag vooreerst niet vergeten dat het in de modernere wetboeken verlaten voorschrift van artikel 1150 B.W., naar Belgisch recht, in zijn eigen toepassingsgebied van het contractenrecht, een zeer beperkte draagwijdte heeft (zie o.m. Cass., 23 febr. 1928, *Pas.,* 1928, I, 85; Gent, 9 maart 1950, *R.G.A.R.,* 1950, 4679; *Pas.,* 1951, II, 19; *R.Crit.J.B.,* 1951, 21, met noot DEKKERS; J. VAN RIJN, nr. 43, blz. 57 e.v.; *vgl.* DE PAGE, III, nr. 112, blz. 142; DALCQ, noot onder Cass., 15 dec. 1958, *R.G.A.R.,* 1960, 6483); alleen de oorzaak van de schade, niet haar omvang moet voorzienbaar zijn. Terwille van zijn moeilijke toepassingen en onbillijke gevolgen, werd in Frankrijk de afschaffing van deze bepaling gevraagd (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2391, blz. 745).

Indien de beperking van de schadeloosstelling uit overeenkomst reeds moeilijk te

rechtvaardigen is, dan ontbreekt deze grondslag volledig in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Het weren van deze beperking is bovendien redelijk en strookt met de vergelijkende belangenwaardering die aan ons schadevergoedingsrecht ten grondslag ligt (zie verder, nr. 235 e.v.).

Iemand moet het verlies dragen, ofwel de aansprakelijke, ofwel zijn slachtoffer.

De aansprakelijke ontslaan van de last om de door hem niet voorziene schade te herstellen, laat die last op het, bij onderstelling, onschuldige slachtoffer rusten. Mogelijk kon de aansprakelijke niet redelijkerwijze g e h e e l de veroorzaakte schade voorzien, maar het slachtoffer kon geen enkele schade voorzien. Hij kon ze evenmin vermijden, terwijl de aansprakelijke dit bij onderstelling wel kon.

De oplossing is billijk want, buiten de gevallen van opzettelijk of zwaar schuldig schade veroorzaken, — waar de billijkheid van de oplossing niet ter sprake komt, — is de schade doorgaans niets anders dan de concrete verwezenlijking van een door de aansprakelijke (b.v. een autobestuurder) gekend risico van schade, waartegen hij zich zelfs kan verzekeren, en redelijkerwijze moest verzekeren (zie verder, nr. 237).

De matiging van de schadeloosstelling op grond van het ontbreken van redelijke voorzienbaarheid van de omvang der schade wordt door de rechtsleer algemeen uitgesloten (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2370, blz. 721; Chr. MAZEAUD, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1951, 255, nr. 27; LALOU, nr. 72, blz. 38; J. VAN RIJN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, nr. 42, blz. 55 e.v.; Chr. VAN RIJN, *Belg. Jud.*, 1939, 342; *Pand.B.*, Tw. *Dommages-Intérêts*, nr. 326 e.v., nr. 334; DALCQ, II, nr. 2371 e.v., blz. 107 e.v.; OFTINGER, I, § 2, blz. 32; ROLIN, blz. 86; *vgl.* ook VAN BOESCHOTEN, blz. 22; zie verder de verwijzingen boven, nr. 223; DRION, *Onrechtmatige daad*, I, nr. 325).

Een belangrijke toepassing hiervan wordt geboden door de vraag betreffende de invloed van de voorbeschiktheid voor schade in hoofde van het slachtoffer (zie hierover verder, nr. 248 e.v.).

226 Het hoeft geen betoog dat, vermits de schadeloosstelling niet kan gematigd worden wegens de onvoorzienbaarheid van haar omvang, het tweede onderscheid van artikel 1150 B.W. nl. tussen gewone schuld en bedrog evenmin toepassing kan vinden.

In de aansprakelijkheid uit overeenkomst moet immers s l e c h t s in geval van bedrog volledige schadeloosstelling verschaft worden, ook voor onvoorzienbare schade.

Bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad moet a l t i j d , ook buiten het geval van bedrog, de volledige schade, met inbegrip van de niet voorzienbare schade vergoed worden.

Verder zal trouwens nader besproken worden hoe in geen enkel opzicht de schuld van de aangesprokene een invloed kan uitoefenen op de omvang van zijn herstelplicht (zie verder, nr. 267 e.v.).

B. ONMIDDELLIJKE EN RECHTSTREEKSE SCHADE

227 Artikel 1151 B.W. onderscheidt middellijke en onmiddellijke, rechtstreekse en onrechtstreekse gevolgen van het niet uitvoeren der overeenkomst.

Dit onderscheid, — afgezien van de verwarrende formulering, — heeft niets met de schade of met haar herstel te maken, maar hoort thuis in de studie omtrent het oorzakelijk verband (zie in dit verband VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid,* Brussel, 1972, nr. 379, blz. 218; R.O. DALCQ, noot onder Gent, 12 febr. 1959, *R.G.A.R.*, 1960, 6424). Vermelden we hier slechts dat dit onderscheid als dusdanig zonder toepassing is in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (Cass., 13 jan. 1932, *Pas.*, 1932, I, 189; Cass., 28 mei 1934, *Pand.Pér.*, 1934, nr. 215; Cass., 5 maart 1953, *R.W.*, 1953-54, 218; *J.T.*, 1953, 514, met noot P.N. BOLAND; *R.Crit.J.B.*, 1955, 190, met noot DE PAGE; Mil.Ger. Luik, 29 jan. 1946, *Pas.*, 1946, II, 7; *R.G.A.R.*, 1946, 3909; *J.T.*, 1946, 391; Kh. Antwerpen, 23 april 1958, *R.W.*, 1958-59, 701).

Weliswaar werd getracht in artikel 1151 B.W. niets anders te erkennen dan een toepassing op het contractenrecht, van een veel ruimere regel die ook de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou beheersen; de onrechtstreekse schade zou die zijn die met de onrechtmatige daad geen noodzakelijk oorzakelijk verband meer heeft, en daarom niet voor herstel in aanmerking komt (zie o.m. MAZEAUD/TUNC, zesde druk, nr. 1669, blz. 784; J. VAN RIJN, nr. 46, blz. 61 e.v., met verwijzingen; *vgl.* ook DE PAGE, II, 1964, nr. 952*bis*, blz. 958; DALCQ, I, nr. 67 e.v., blz. 120. Laatstgenoemde weet echter geen klare lijn te trekken waar hij in nr. 952 in 't algemeen alle „onrechtstreekse schade" uitsluit voor herstel, en anderzijds in nr. 960 verklaart dat het oorzakelijk verband onrechtstreeks mag zijn).

Hoe dan ook, blijkt de vraag er een te zijn betreffende het oorzakelijk verband. Maar in elk geval staat vast dat de terminologie niet alleen onduidelijk is maar niets anders dan verwarring en misverstand kan medebrengen en voor de vaststelling van het vereiste oorzakelijk verband nutteloos is.

Terecht oordeelt het Hof van Cassatie dan ook, getrouw aan zijn vroegere rechtspraak, dat het gebruik van de terminologie „rechtstreekse schade", en van „rechtstreeks oorzakelijk verband", de motieven dubbelzinnig maakt (Cass., 10 nov. 1952, *Pas.*, 1953, I, 141; *R.G.A.R.*, 1953, 5234).

Artikel 1151 B.W. kan dus niet aangewend worden op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Hierbij kan onderstreept worden hoe in moderne wetboeken de verwarrende splitsing van het schadebegrip in middellijke en onmiddellijke schade bewust werd verworpen.

Dit was het geval met het Duitse B.G.B., onder invloed van MOMMSEN's bepaling van de schade als belang (zie hierover o.m. H.J. KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität,* Göttingen (1954), blz. 81 e.v.).

In Zwitserland kende het oude O.R. (art. 116), nog het onderscheid dat heden ten dage in de *Code Civil* bleef bestaan. Het nieuwe O.R. (art. 99) heeft met dit verwarrende begrip opgeruimd (VON THUR, *Obligationenrecht,* eerste druk, I, § 13, blz. 73; OFTINGER, *Haftpflichtrecht,* I, § 2, I, blz. 32 e.v.).

C. INGEBREKESTELLING

228 Dat de ingebrekestelling waarvan sprake in de artikelen 1146, 1153 en 1154

B.W. hier niet vereist is, hoeft geen betoog. De verplichting die de verbintenis uit artikel 1382 B.W. voorafgaat, en waarvan artikel 1382 B.W. de sanctie bepaalt, is een verbintenis tot laten, waarvoor, reeds in overeenstemming met artikel 1145 B.W. de ingebrekestelling, zoniet ondenkbaar, dan toch overbodig is.

Maar ook voor de verbintenis tot doen, waarvan de inbreuk door artikel 1383 B.W. voorzien is, is geen ingebrekestelling vereist.

Er bestaat immers bij onderstelling geen overeenkomst waarin deze verbintenis haar oorsprong zou vinden, en, waarvan de niet-vervulling zou dienen vastgesteld te worden (LAURENT, XX, nr. 523, blz. 566; SOURDAT, nr. 109, blz. 100; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2296, blz. 594; LALOU, nr. 87, blz. 45; J. VAN RIJN, *Responsabilité aquilienne et contrats,* nr. 45, blz. 60; DALCQ, *Traité,* I, nr. 85, blz. 123; DRION, *Onrechtmatige daad,* III, 18).

De rechtspraak is stevig in die zin gevestigd (zie o.m. Cass., 17 jan. 1929, *Pas.*, 1929, I, 63; Cass., 1 juli 1933, *Pas.*, 1933, I, 303; Cass., 29 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 155; Rb. Brussel, 12 okt. 1940, *R.G.A.R.*, 1942, 3660; Rb. Antwerpen, 20 dec. 1950-51, 957).

229 Niet alleen is de ingebrekestelling, voorzien door artikel 1146 B.W., overbodig voor het ontstaan van de verbintenis tot schadeloosstelling. Evenzeer is de aanmaning om te betalen, door artikel 1153, derde lid, B.W., voor de aanvang van de interesten vereist, op de verbintenis tot schadeloosstelling uit onrechtmatige daad uitgesloten, ook wanneer deze onder de vorm van interesten begroot wordt.

Deze vergoedende interesten zijn slechts een specifieke vorm van geldelijk herstel, soeverein door de rechters te kiezen, mits passend antwoord op de besluiten van eis en verweer (zie verder, nr. 328 e.v.).

Op deze schadeloosstelling, die alleen de uiterlijke vorm en de naam van interesten draagt, is artikel 1154 B.W. dan ook evenmin van toepassing (Cass., 29 okt. 1956, *R.G.A.R.*, 1957, 5851).

De praktijk van de aanmaning om tot een tegensprekelijke vaststelling van de schade over te gaan, zal verder besproken worden bij de studie van de begroting der zakenschade (zie verder, nr. 1240 e.v.).

AFDELING III

EEN JUIST PASSEND EN VOLLEDIG HERSTEL

§ 1. Het principe: de schade, enige maatstaf van de schadeloosstelling

230 Indien in de voorgaande afdeling, de regeling, door het Burgerlijk Wetboek bij aansprakelijkheid uit wanprestatie voorzien, voor de schadeloosstelling bij onrechtmatige daad uitgesloten werd, dan kan hiermede terzelfder tijd beklemtoond worden dat geen ander voorschrift overblijft dan datgene door het ene woord *réparer* bevat.

De bepaling van het begrip van de schadeloosstelling volgens de zin van het woord, naar zijn gebruikelijke betekenis, bevat de inhoud van het voorschrift zelf (Cass., 15 mei 1941, *Pas.*, 1941, I, 192, *in fine).*

Welnu schadeloosstellen is de aanspraakgerechtigde zo goed mogelijk in de toestand brengen, die zou bestaan hebben indien de schade niet veroorzaakt was geweest (zie boven, nr. 220). Dit betekent dat het herstel zo nauwkeurig mogelijk aan de schade dient gemeten te worden.

M.a.w. de schade wordt *in concreto* gewaardeerd en verschaft als dusdanig de mate van de schadeloosstelling. De vermogensschade immers betekent een vermindering van het vermogen, en aan de mate van deze vermindering beantwoordt de mate van de aanspraak op vergoeding volledig. Deze aanspraak wordt alleen door een juist passende schadeloosstelling voldaan, die geen schadepost onhersteld laat en ook niets méér verschaft (wat de extrapatrimoniale schade betreft, zie verder, nr. 675 e.v.).

Aan de ene kant schrijft artikel 1382 B.W. zonder enige beperking voor, dat de schade dient vergoed te worden; het laat dus niet toe gedeeltelijk te vergoeden daar, klaarblijkelijk, hierdoor een deel van de schade op de benadeelde zou blijven rusten. Maar aan de andere kant laat artikel 1382 B.W. in principe niet toe dat de schadeloosstelling de schade zou overtreffen, daar hierdoor ten voordele van het slachtoffer, een vermogensverschuiving zonder oorzaak zou plaatshebben.

Derhalve moet de schadeloosstelling én volledig én juist passend zijn. Ze kan dus alleen aan de werkelijke schade gemeten worden.

De schadeloosstelling is dan ook in die zin objectief, dat de bestanddelen vreemd aan de schade, en waardoor de schadeloosstelling zou vermeerderd of gematigd worden, niet in aanmerking mogen genomen worden.

De grondregel die heel de schadeloosstelling theoretisch en praktisch beheerst luidt dan ook heel eenvoudig: geheel de schade, niets dan de schade dient vergoed te worden (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2332, blz. 658; L. RIPERT, blz. 64; L. DE WILDE, *Schade,* in *Onrechtmatige daad. Actuele Tendenzen,* 1979, blz. 181 met verwijzingen; F. DELPÉRÉE, *La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration,* noot onder Cass., 26 juni 1980, *R.Crit.J.B.*, 1983, 179 e.v.; Cass., 30 nov. 1981, *Arr.Cass.* en *Pas.*, op datum, *R.W.*, 1982-83, 1600; *vgl.* Cass., 24 febr. 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 711; Luik, 5 maart 1975, *Pas.*, II, 123; *J.T.*, 1975, 425). De enige maatstaf die dan ook dient te worden gehanteerd is de schade *in concreto* (DALCQ, II, nr. 4141, blz. 742).

Deze eenvoudige grondregel, die uit de bepaling van de schadeloosstelling alleen reeds kan afgeleid worden (aldus de motieven van Cass., 15 mei 1941, *Pas.*, 1941, I, 192, blz. 195), moet nu vooreerst nauwkeuriger inhoud krijgen, en dient dan aan de praktische moeilijkheden getoetst te worden; en zodoende zal hij meer dan een dogmatische rechtvaardiging bekomen.

231 De regel vindt vooreerst steun in de wordingsgeschiedenis van artikel 1382 B.W., die heel uitzonderlijk, in dat opzicht, waardevolle gegevens verschaft.

DOMAT, die overigens de formulering van artikel 1382 B.W. in grote mate beïnvloed heeft, had geenszins

de opvatting gehuldigd volgens dewelke de schadeloosstelling aan de schade alleen gemeten wordt: ,,De quelque nature que soit le dommage, et quelque cause qu'il puisse avoir, celui qui en est tenu doit le réparer par un dédommagement proportionné ou à sa faute, ou à son délit, ou autre cause de sa part, et à la perte qui en est arrivée ..." (*Les Lois civiles*, Liv. III, Tit. V, inleiding).

Verder vereist hij voor het herstel ,,... un tempérament de justice et d'humanité selon la qualité du fait qui aurait donné sujet au dommage, celles des personnes et les autres circonstances qui pourraient le demander" (Liv. II, Tit. VIII, Sect. III, nr. 5).

Welnu, in duidelijke tegenstelling met de leer van DOMAT, verklaarde BERTRAND DE GREUILLE, tot rechtvaardiging van het principe, volgens hetwelk de lichtste schuld tot herstel der veroorzaakte schade verplicht: ,,... ce n'est pas trop exiger de lui que de l'astreindre à quelques sacrifices pécuniaires pour *l'entière indemnité* de se qu'il a fait souffrir..." (LOCRÉ, VI, blz. 280, nr. 9).

TARRIBLE zegde het zeer treffend: ,,Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommage, et les assujettit à une réparation uniforme *qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert*" (LOCRÉ, VI, blz. 287, nr. 19).

232 Behoudens enkele aarzelingen in de toepassingsgevallen, werd door de Franse en Belgische Hoven van Cassatie de grondregel duidelijk erkend: de schade, en niets dan de schade, verschaft de mate van de schadeloosstelling (zie de rechtspraak, aangehaald verder, nr. 269).

233 Op verschillende wijzen zou van de grondregel kunnen afgeweken worden.

Vooreerst door de schadeloosstelling *in abstracto* of forfaitair te taxeren, — b.v. door een of andere bepaalde som voorop te stellen voor elk schadegeval, zoals een meervoud of een percent van de waarde van de vernielde of beschadigde zaak, of nog, een bepaalde som voor één of ander letsel, — b.v. volgens de invaliditeitsgraad.

Vervolgens door andere bestanddelen dan de schade een bepalende rol te laten spelen bij de begroting der schadeloosstelling, — b.v. de zwaarte van de schuld van de aangesprokene, of de vermogenstoestand van de partijen.

Tenslotte, indien in de veroordeling van de aansprakelijke rekening zou gehouden worden met de winst of het voordeel dat deze uit zijn onrechtmatige daad heeft kunnen trekken.

Hiermede zijn dan ook de voornaamste problemen gesteld tegenover dewelke een nauwkeuriger inhoud zal verschaft worden aan de regel, die als volgt kan samengevat worden: de schade, noch min noch meer, bepaalt de omvang der vergoeding.

Om het even onder welke vorm dit herstel verschaft wordt, mag de benadeelde in het hem toegekende herstel, verlies noch voordeel vinden.

Dit betekent dat de schadeloosstelling *in concreto* en objectief dient begroot te worden.

Deze twee bestanddelen van de regel zullen nu verder nader ontleed worden.

234 Er moet van meet af aan de nadruk op gelegd worden dat deze regel de hoofdregel is, en dat alle aanvullende regelen, uit de praktijk gewonnen, slechts voor zover gerechtvaardigd zijn, als zij volledige toepassing aan deze

hoofdregel verschaffen: ,,*The dominant rule of law is the principle of restitutio in integrum, and subsidiary rules can only be justified if they give effect to that rule*'' (The Liesbosch (1933) A.C. 449, nr. 463, aangehaald naar LORD WRIGHT, *Re Polemis, The Modern Law Review,* 1951, blz. 394).

Dit wordt wel eens vergeten, waar in de rechtspraak een subsidiaire toepassingsregel, zo volstrekt toegepast wordt dat de hoofdregel er door in het gedrang komt (zie b.v. de verder besproken toepassingen, nr. 378, nr. 402 e.v. en nr. 435).

§ 2. Grondregel voor de toepassingen: voorkeur voor de benadeelde

235 Niet altijd zal de praktijk zich lenen tot een eenvoudige aanwending van het principe.

Het kan b.v. gebeuren dat men voor de keuze staat ofwel te weinig als schadeloosstelling te verschaffen ofwel te veel, omdat de schade, wegens haar aard zelf, niet vatbaar is voor een juist passend herstel.

Dit zal b.v. het geval zijn, dat uitvoeriger moet besproken worden, waar een reeds gebruikte zaak vernield wordt. Een schadeloosstelling onder aftrek van het verschil van oud tot nieuw brengt de benadeelde niet in de toestand waarin hij zou gebleven zijn was de schade niet veroorzaakt. Maar aan de andere kant rijst de vraag of een herstel zonder toerekening van het verschil van oud tot nieuw niet als een ongerechtvaardigde vermogensvermeerdering in hoofde van de benadeelde zou moeten beschouwd worden (zie hierover verder, nr. 1260 e.v.).

Aan de andere kant zijn er gevallen waar de herstelbaarheid van de schade zelf ter sprake komt, of waar de moeilijkheid om te begroten zodanig is dat men niet weet of het herstel wel passend is zoals dit vooral voor de extrapatrimoniale schade het geval is (zie verder, nr. 675 e.v.).

236 Voor al deze gevallen biedt de vergelijkende belangenwaardering, abstract beschouwd, d.w.z. ingesteld op de algemeenheid, de grondslag van de oplossing.

Herhaaldelijk kon, ter zake van schadeloosstelling na onrechtmatige daad, een oplossing verantwoord worden door de vergelijkende waardering tussen het belang van de aansprakelijke en dit van het slachtoffer.

Dit was o.m. het geval bij het verwerpen van de leer der relatieve onrechtmatigheid (zie J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling,* nr. 92, blz. 89 e.v.), de verdeling van de bewijslast tussen de partijen (zie boven, nr. 82), en het verwerpen van het voorzienbaarheidsvereiste bij de waardering van de te vergoeden schade (zie boven, nr. 224 e.v.).

Het past thans aan dit principe zijn volle draagwijdte te geven, als leidraad voor de concrete toepassingen van de regel volgens welke de schade, noch min noch meer, de omvang der vergoeding bepaalt, zodat, in welke vorm die ook wordt verschaft, de aanspraakgerechtigde in het hem toegekende herstel verlies noch voordeel vinden zal.

Er dient echter nagegaan te worden welke vergelijkende belangenwaardering tot grondslag van het schadevergoedingsrecht kan liggen.

Angelsaksische auteurs doen wel eens beroep op de vergelijkende waardering van de belangen van de partijen, om duidelijk de schaal te laten doorwegen ten voordele van de aanspraakgerechtigde.

De vraag werd door PROSSER duidelijk gesteld: ,,As between an entirely innocent plaintiff and a defendant

who admittedly has departed from a social standard of conduct, if only toward one individual, who should bear the loss? The plaintiff is powerless to avert the harm, while the defendant could at least avoid it by ordinary care'' (W.L. PROSSER, *Handbook of the law of torts,* St. Paul 1941), § 31, blz. 184).

Ook LORD WRIGHT drukte het kernachtig uit: ,,... it would be unfair to leave the plaintiff to beat the damage so resulting and due solely to the defendant's fault. Someone has to bear the loss, though with the help of insurance the ultimate burden will fall in the great majority of cases on the insurer, who recoups himself by the premiums he receives. In some cases of frequent occurence, such as motoring accidents, Parliament has intervened to compell motorists to carry insurance, and thees both the risk of the delinquent being ruined by having to pay the damages and the risk of the sufferer not being paid his loss which might have exceded the delinquent's financial capacity are eliminated'' (LORD WRIGHT, *Re Polemis, The Modern Law Review,* 1951, blz. 409-410).

Het is niet ten onrechte dat LAWSON vaststelde dat het recht van de *Code Civil* op merkwaardige wijze voordeliger is voor de benadeelde dan alle andere rechtssystemen (LAWSON, *Negligence in the Civil Law,* blz. 34).

Het is ook opvallend dat in een jonger wetboek, nl. het Duitse, een heel andere geest tot uiting komt. Het onderstelt veeleer de strekking om het vermogen van de dader te beschermen, dan het herstel van de schade te verzekeren. En deze strekking verklaart, volgens Duitse auteurs, het ontbreken van een algemeen voorschrift in de aard van artikel 1382 B.W. (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,* veertiende druk. Eerste deel, II (1955), § 208, blz. 912 e.v.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts,* II (1956), § 65, blz. 327).

Het komt er niet op aan, na te gaan hoe en wanneer, in een *Gefühlsjurisprudenz,* de rechter zich door zijn medelijden voor het slachtoffer laat leiden. Integendeel gaat het hier over de vergelijkende belangenwaardering als objectief middel van rechtsvinding, d.i. abstract beschouwd, of ingesteld op de algemeenheid.

In dit opzicht is de wordingsgeschiedenis van de *Code Civil* zeer belangrijk voor de rechtsvinding in het hedendaagse recht, zoals in alle gevallen waar de voorbereidende werken toelaten vast te stellen welke belangenwaardering tot grondslag diende voor het uitvaardigen van een wettelijk voorschrift (zie hierover MEIER-HAYOZ, *Die Bedeutung der Materialien für die Gesetzanwendung, Schweizerische Juristenzeitung,* 1952, nr. 14 e.v., blz. 7, 1).

Welnu, bij de bespreking van het ontwerp van artikel 1382 e.v. B.W. vormt deze belangenwaardering voor TARRIBLE het uitgangspunt: ,,lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève, et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur'' (LOCRÉ, VI, blz. 287, nr. 19).

Dezelfde spreker had reeds de nadruk gelegd op de voorkeur voor het belang van het slachtoffer ,,il n'entre pas dans les desseins du projet de loi de considérer ici les délits sous leurs rapports avec l'ordre politique; ils ne sont envisagés que sous le rapport de l'intérêt de la personne lésée' (LOCRÉ, *ibid.,* nr. 18).

Heel het stelsel berust op het streven naar zekerheid dat de schade zal hersteld worden, desnoods door degene die voor de dader burgerlijk aansprakelijk is: ,,...quel que soit l'auteur du dommage qu'ils auront essuyé, elle (la loi) signalera toujours un réparateur'' (*ibid.,* blz. 288, nr. 22, *in fine).*

Het Burgerlijk Wetboek is dus uitgegaan van de opvatting dat, vermits één van beide partijen het verlies moet dragen, de last hiervan beter gedragen wordt door die van beide partijen die schuldig is geweest, hoe klein zijn schuld ook was, dan door degene aan wie niets te verwijten valt (*vgl.* DEMOGUE, IV, nr. 453; dezelfde, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique,* blz. 156).

Deze opvatting strookt met het wezen van de schadeloosstelling in het algemeen, zoals terloops door OFTINGER opgemerkt werd: „Im Wesen des Schadenersatzes liegt es, dass bei Interessendivergenz dem Interessen der Geschädigten der Vorrang zu geben ist" (OFTINGER, I, § 2, III, blz. 40).

237 De juistheid van deze voorkeur van één van de twee partijen in het schadevergoedingsproces, en haar grondslag, is door de veranderde tijdsomstandigheden niet alleen in stand gehouden, maar zelfs verstevigd, o.m. door de praktijk der verzekering.

Zoals door PROSSER (*Torts*, § 31, blz. 185) en LORD WRIGHT (*Mod. L.Rev.*, 1951, blz. 409 e.v.) opgemerkt werd, zal in vele gevallen, de aansprakelijke de last van het verlies afwentelen op zijn verzekeraar, die hiervoor als tegenprestatie de premies van de verzekerden ontving. Zodoende wordt in de grote meerderheid der gevallen, waar het niet gaat over opzet of zware schuld, — en waar derhalve over de keuze geen twijfel zou kunnen bestaan, — de schadeloosstelling, in werkelijkheid, een verdeling van de verliezen tussen de risico-scheppers.

Meer en meer ontwikkelt de verzekering van de risico-scheppers zich, niet alleen meer als middel tot bescherming van de aansprakelijke, maar tevens tot bescherming van de mogelijke slachtoffers (*vgl.* EHRENZWEIG, *Negligence without fault*, § II, blz. 43).

In dit verband kent ons recht de verzekering van de werkgever tegen arbeidsongevallen, de verplichte verzekering van de vervoerder, het voorrecht van het slachtoffer in de gemeenrechtelijke ongevallen en de verplichte aansprakelijkheidsverzekering terzake van motorrijtuigen, de Wet van 30 juli 1979 betreffende de preventie van brand en ontploffing en betreffende de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in dergelijke gevallen — het K.B. van 15 juli 1963 tot instelling van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor het bekomen van een jachtverlof of van een jachtvergunning, en de Wet van 18 juli 1966 betreffende de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie.

In verband met de wettelijke aansprakelijkheid bij verkeersongevallen, werd herhaaldelijk het probleem opgeworpen of het bestaande systeem van foutverzekering niet kon vervangen worden door een schadeverzekering. In dit verband werden meerdere projecten uitgewerkt, die alle min of meer dit standpunt deelden (zie b.v. de projecten TUNC, DALCQ, KEETON-O'CONNELL, FONTEYNE, J. BEDOUR en B. CHENOT). Vooral het project TUNC maakte ophef en gaf aanleiding tot een zeer ruime bespreking.

Voor deze materie: zie o.m. R.O. DALCQ, *L'art. 1382 C.C. et les accidents de la circulation, J.T.*, 1965, 497; J.L. DIERICKX DE CASTERLÉ, *L'art. 1382 C.C. et les accidents de la circulation, J.T.*, 1965, 573; B. STARCK, *Les rayons et les ombres d'une esquisse de loi sur les accidents de la circulation, R.Trim.Dr.Civ.*, 1966, 635 e.v.; R. SAVATIER, *Sécurité routière et responsabilité civile à propos du „Projet Tunc", Rec.Dall.*, 1967, *Chr.* 1; J. FONTEYNE, *Le „projet Tunc", R.G.A.R.*, 1966, 7637; A. TUNC, *Projets et contre-projets en matière d'accidents de la circulation, R.G.A.R.*, 1966, 7676; Preadvies M.L. SCHUERMANS, *Foutverzekering of Schadeverzekering, R.W.*, 1966-67, 1351; R. KRUITHOF, *R.W.*, 1966-67, 1687; A. TUNC, *La réforme du droit des accidents de la circulation, Les projets français, J.T.*, 1968, 377; D. SIMOENS, *Vergoeding voor verkeersslachtoffers naar een grondige hervorming*, 1979; *Le „nouveau" projet Tunc, R.G.A.R.*, 1982, 10.447).

Men kan de meerderheid van de schadegevallen in twee reeksen indelen.

Een eerste, waar de aansprakelijke, door opzet of zware schuld, schade veroorzaakt. In dit geval weegt de schaal als van zelf door ten voordele van het geheel onschuldige slachtoffer dat niets kon vermijden, en waarin geen getroffene van het noodlot kan gezien worden. In geen enkel opzicht kan hier van een ongeval, doch enkel van een onrechtmatige daad gesproken worden.

De tweede reeks is deze, waar de lichte schuld van de aangesprokene, of, zijn vermoede aansprakelijkheid waarin het bestanddeel schuld moeilijk terug te vinden

is, ogenschijnlijk zou kunnen laten twijfelen aan de juistheid der vergelijkende belangenwaardering.

Hier staat men dan voor hetgeen in het Amerikaanse recht zo treffend werd genoemd het *insurable loss,* de redelijk te verzekeren schade (*vgl.* EHRENZWEIG, *a.w.,* § II, blz. 41 en *passim).*

Het risico is door de aangesprokene gekend en voorzien of althans, was redelijk te voorzien.

Er kan weliswaar niet zo ver gegaan worden, dat men zou aanvaarden dat *assurance oblige* in die zin dat, het verzekeren van het verwezenlijkte risico, een vermoeden van aansprakelijkheid zou scheppen. Toch moet, in geval van wettelijk vermoede aansprakelijkheid of bewezen schuld, hoe licht ook, de vergelijkende belangenwaardering ten voordele van de benadeelde, op grond van de verzekerbaarheid van het verlies bevestigd worden.

DEMOGUE merkte ook op ,,que la responsabilité peut avec plus de raison peser sur celui qui est le mieux à même de s'assurer'' (DEMOGUE, III, nr. 284, blz. 470).

De dader was verzekerd, of moest het redelijkerwijze zijn, zodat, bij de keuze tussen diegene die het risico geschapen heeft, en voor de verwezenlijking ervan bij onderstelling aansprakelijk is enerzijds, en de benadeelde, die niets kon voorzien anderzijds, het belang van deze laatste voorrang heeft.

In Nederland wordt algemeen aanvaard dat de rechter de schadevergoeding niet zal matigen wanneer de gedaagde zich kon of had moeten verzekeren (DRION, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 334; zie daarover verder, nr. 262).

De verzekering of verzekerbaarheid komt slechts in aanmerking om de juistheid van de abstracte belangenwaardering *a posteriori* opnieuw te bevestigen.

Hiermede mag niet gezegd worden dat het verzekerd zijn van de aangesprokene, in feite, *in concreto,* een rol zou mogen spelen. Hierop wordt teruggekomen (zie verder, nr. 273).

§ 3. Begroting in concreto — Toepassingen

238 Het principe, volgens hetwelk de schade, *in concreto* gewaardeerd, de enige maatstaf van de schadeloosstelling is, zal nu, t.o. van de toepassingen, tevens verduidelijkt en verantwoord worden.

De begroting *in concreto* betekent het tegenovergestelde van abstracte, d.i. forfaitaire begroting, waarbij men niet weet wie van beide partijen er voordeel of verlies bij heeft (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2393, blz. 746).

De wetten, waarin de schadeloosstelling op forfaitaire wijze begroot wordt, vormen dan ook afwijkend recht.

Aldus b.v. de regeling op de vergoedingspensioenen waarin een bepaalde invaliditeitsgraad, volgens barema's vastgesteld, aanleiding geeft tot een forfaitair bepaalde rente, afgezien van de concrete toestand van het slachtoffer.

Evenzeer afwijkend recht is ook de arbeidsongevallenwet, die een strak forfaitair stelsel ingericht heeft (Cass., 5 okt. 1950, *Pas.*, 1951, I, 43; *J.T.*, 1950, 624; *R.W.*, 1950-51, 391; Cass., 10 mei 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 847; *Pas.*, 1972, I, 838; *J.T.T.*, 1972, 231; Cass., 30 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 1226; *Pas.*, 1976, I, 1189; *R.W.*, 1976-77, 2058; *R.Crit.J.B.*, 1978, nr. 24, blz. 5; *J.T.T.*, 1977, 103; Arbrb. Luik, 25 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, 264).

In tegenstelling hiermede zal, luidens artikel 1382 B.W., de invaliditeit *in concreto* volgens het uitgeoefende beroep moeten vastgesteld worden, en het eruitspruitend verlies *in concreto* gewaardeerd worden (zie verder, nr. 1140 e.v.).

A. VRIJE BEOORDELINGSMACHT EN VRIJE BEOORDELINGSPLICHT

239 Bij de toepassing van artikel 1382 e.v. B.W. is de rechter aan geen enkele berekeningswijze gebonden; hij mag soeverein de schade en haar herstel begroten.

Maar niet alleen beschikt de rechter over een soevereine beoordelingsmacht (Cass., 19 febr. 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 811; Cass., 18 april 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 823; Cass., 2 mei 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 963; Cass., 29 jan. 1973, *R.G.A.R.*, 1974, 9310; Cass., 18 febr. 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 682; Cass., 4 maart 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 753; *Pas.*, I, 682; Cass., 1 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 1086; *Pas.*, I, 1046; Cass., 8 maart 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 776; *Pas.*, I, 740; Cass., 17 jan. 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 549; *Pas.*, I, 529; Cass., 20 juni 1977, *Arr.Cass.*, *1977, 1082; R.W.*, 78-79, 171; Cass.fr., 5 april 1973, *Rec.Dall.*, 1973, *Chr.*, 279; M. LE ROY, *L'Indemnisation du préjudice corporel, Rec.Dall.*, 1973, *Chr.*, 58).

De noodzakelijke keerzijde daarvan is een vrije beoordelingsplicht (*vgl.* in contractuele context de toepassing van hetzelfde principe: Cass., 9 juni 1959, *J.T.*, 1961, 667; *zie* ook Th. IVAINER, *Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités, Rec.Dall.*, 1972, *Chr.*, 7; Cass.fr., 15 mei 1957, *Rec.Dall.*, 1957, J, 530).

„Wenn das Gericht etwas tun kann, so ist es auch verpflichtet von dieser Befügnis gebrauch zu machen (L. ROSENBERG, *Die Beweislast,* derde druk, 1953, § 3, blz. 30; *vgl. B.G.E.*, 77, II, 23).

M.a.w. de rechter is, waar het over schadeloosstelling gaat, verplicht de schade *in concreto* te begroten, en, daaraan alleen, de schadeloosstelling, in haar vorm en omvang, zo goed mogelijk aan te passen.

Een verdere uitwerking van dit belangrijk principe zal verschaft worden naar aanleiding van zijn bijzonderste toepassing: de primaire verplichting van de rechter om de schadeloosstelling nauwkeurig te begroten, en zijn vermogen en verplichting om deze *ex aequo et bono* te begroten, waar een nauwkeurige begroting onmogelijk is (zie verder, nr. 350 e.v.).

Inderdaad, recht spreken is vooreerst niets anders dan, na een juiste en rechtvaardige beoordeling van de feiten, het objectieve recht toepassen op het concrete geval van het proces. Maar bovendien, wanneer artikel 1382 B.W. geen nauwkeurige voorschriften voor het begroten van de schadeloosstelling verschaft, is hier geen eigenlijke leemte in de wet waardoor elke norm zou ontbreken. Men staat integendeel voor een geval, waar de wetgever wijs handelde, door de rechter vrij te laten om zijn

uitspraak aan de concrete werkelijkheid zo nauwkeurig mogelijk aan te passen.

Het is dan ook duidelijk dat, de vrijheid door de wetgever aan de rechter gelaten, terzelfder tijd een opdracht inhoudt. Indien hij immers vrij is, zodat hij de werkelijkheid van elk bijzonder geval zo juist mogelijk in acht zou kunnen nemen, dan is hij ook daartoe verplicht. Daarom is de vrije beoordelingsplicht van de feitenrechter de noodzakelijke keerzijde van zijn vrije beoordelingsmacht.

De rechter zou zich derhalve geen enkele beperking mogen opleggen in zijn vrije beoordelingsmacht, evenmin als hij zich het vermogen zou mogen aanmatigen om de schadeloosstelling te matigen (over dit laatste, zie verder, nr. 262 e.v.).

240 Welnu in de gerechtelijke partij kan geen strekking als natuurlijker beschouwd worden.

De rechtspraak is van nature en onbewust op een min of meer strak *stare decisis* ingesteld. Inderdaad, „rechtspraak is altijd gelijke gevallen gelijk behandelen" (SCHOLTEN, *Algemeen deel,* Zwolle (1934), blz. 63, zie vooral blz. 73 en 164).

In de talrijke uitspraken, waarin de schadeloosstelling voor gelijke, of gelijkaardige schadegevallen moest begroot worden, wordt de verplichting om de schadeloosstelling *in concreto* te begroten, dan ook niet altijd voldoende geëerbiedigd. De rechter, die geen richtlijn vindt in de wet, gaat de precedenten na, op zoek naar vastheid. Oordelen wordt vergelijken, waardoor een eenvormigheid in de rechtspraak betracht wordt (GORPHE, *Les décisions de justice,* blz. 66).

Al te gemakkelijk groeit in het gerechtsgebruik, uit een concrete oplossing, een strakke precedentsregel met zeer algemene draagwijdte (*vgl.* LAURENT, XVI, nr. 411, blz. 472), hetgeen de hoofdregel misvormt die wil dat elk geval afzonderlijk zou beoordeeld worden.

Dit streven mag dan ook geen afbreuk doen aan de opdracht van de rechter om zo juist mogelijk recht te spreken voor het behandelde geval, d.w.z. de schade en de schadeloosstelling *in concreto* te begroten.

Er kan ook niet voldoende aan herinnerd worden dat alle formules of precedenten, die bruikbaar bleken voor de begroting van een of andere schadeloosstelling, slechts mogen gelden in die mate, waarin zij tot een volledige toepassing kunnen leiden van de hoofdregel: een juist passende vergoeding van heel de schade, noch min noch meer (zie boven, nr. 234).

241 De rechter blijft steeds gebonden aan zijn soevereine beoordelingsplicht, ook wanneer hij *ex aequo et bono* mag of moet begroten (zie verder, nr. 350 e.v.).

Steeds moet hij zo juist mogelijk het concrete geval beoordelen, zij het bij benadering, wanneer het niet anders mogelijk is.

De schadeloosstelling kan dan ook niet gedaan worden met loutere verwijzing naar zelfde begrotingen in aanverwante gevallen (*vgl.* over dergelijke motivering: P. FORIERS, noot onder Cass., 19 febr. 1955, *R.Crit.J.B.,* 1956, 85 e.v.).

De vraag werd zeer scherp gesteld voor het Franse Hof van Cassatie en op even

besliste wijze opgelost in het arrest van 3 november 1955 (*Rec.Dall.*, 1956, J, 557, met noot R. SAVATIER).

De feitenrechter had, bij de begroting van de schadeloosstelling voor blijvende gedeeltelijke invaliditeit, alhoewel hij bepaalde bestanddelen der aangevoerde schade niet wilde betwijfelen, beslist als volgt: ,,la cour ne croit pas pouvoir aller au délà de son appréciation maxima habituelle en cette matière et qu'il y a lieu d'évaluer à 2.500.000 frs. l'indemnité afférente à cette incapacité''.

Dit arrest werd verbroken wegens inbreuk van artikel 5 B.W., en van de concrete beoordelingsplicht die luidens artikel 51 Fr. S.W. aan de feitenrechter opgelegd is.

SAVATIER merkt zeer terecht onder dit arrest op:

,,Car, si utiles qu'ils puissent être pour unifier ses sentences, il y a quelque chose d'aussi arbitraire à chiffrer d'avance l'indéterminé qu'à en adapter l'évaluation à chaque espèce. Et la loi ne veut pas que le juge se paralyse d'avance en présence de ce que chacun des cas qui lui sera soumis pourra présenter de propre. Elle tient à ce qu'en principe le juge ne simplifie pas fâcheusement sa besogne en la ramenant à des formules qui le dispenseraient d'examiner, pour chaque victime, tout ce que son cas peut avoir d'humainement différent des autres, tout ce que son préjudice comporte d'irréductiblement particulier. Elle invite ainsi ses tribunaux à travailler davantage tout dossier, à se pencher spécialement sur chaque procès pour proportionner, chaque fois, l'indemnité au dommage. Et elle lui défend, dans cette recherche essentielle, de lier d'avance sa liberté d'appréciation'' (*Rec.Dall.*, 1956, J, 558, *in fine*).

Het is echter wel geoorloofd een vergelijkende begroting op te maken voor moeilijk te waarderen schadegevallen. Hier verschaft het precedent een louter vergelijkingspunt, geen te volgen regel. De schade blijft *in concreto* gewaardeerd.

Een belangrijke toepassing van dit principe zal verder besproken worden in verband met de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade.

In de praktijk echter kan vaak een herhaling van zeer gelijke schadegevallen voorkomen, b.v. de schade door auto-ongevallen. Het is dan ook aan te nemen, en zelfs onvermijdelijk, dat éénzelfde maatstaf aangewend wordt tot begroting van de schade door onbruikbaarheid geleden, mits nagegaan wordt of het onderzochte geval niet afwijkt van het *quod plerumque fit*.

242 Ook bij een meer nauwkeurige begroting mogen geen regelen aangewend worden, waardoor de schadeloosstelling zou getarifeerd worden, zonder na te gaan of deze wel aan de concrete schade beantwoordt.

Er bestaan weliswaar nuttige formules om de schade zo nauwkeurig mogelijk te begroten.

Dit is b.v. het geval bij de begroting der schade van de nabestaanden, na het overlijden van het slachtoffer. Nadat ingezien was dat een deel van de inkomsten door het overleden slachtoffer voor zichzelf waren uitgegeven, — en deze uitgave met zijn dood wegviel, zodat zij ter berekening van het juiste verlies van het inkomen diende afgetrokken te worden, — is men deze aftrek ten onrechte op forfaitaire, d.i. slecht passende wijze gaan begroten, meestal op één derde van het inkomen, ongeacht de stand en de gezinslast.

Deze aftrek moet integendeel zo mogelijk *in concreto* gedaan worden en daartoe bestaan o.m. de gegevens van de statistiek, zoals de schaal van ENGEL of de schaal van ATWATER, waardoor de rechter de juist passende begroting — voor elk geval afzonderlijk kan benaderen (zie verder, nr. 874 e.v.).

Dergelijke formules strekken er echter toe de schadeloosstelling zo nauwkeurig

mogelijk voor elk afzonderlijk geval te begroten. De factoren immers verschillen van het ene geval tot het andere.

Toch gaven zij ook aanleiding tot een ongezonde tarifering, als gevolg van het aanwenden van een nauwkeurige begrotingswijze, die nadien ontaardde tot een strakke, algemene regel.

Nadat de rechtspraak de willekeurige begroting van de schade uit doodslag of verwonding had vervangen door een nauwkeuriger begroting op grond van de vermoedelijke levensduur, werd te strak aan het technisch *procédé* vastgehouden, waardoor een verouderde levensduurtabel gebezigd bleef, wanneer jongere en dus meer aangepaste voorhanden waren (zie verder, nr. 885 e.v.).

B. FEITELIJKE TOESTANDEN, NIET RECHTSTOESTANDEN ZIJN BEPALEND

243 Krachtens zijn vrije beoordelingsmacht en -plicht, moet de rechter trachten de feitelijke werkelijkheid van elk geval te achterhalen:

M.a.w. bepalend zijn de feitelijke toestanden, niet de rechtstoestanden (Cass., 10 maart 1952, *Pas.*, 1952, I, 427).

Dit betekent vooreerst dat niet het verlies van iets, waarop het slachtoffer een recht kon laten gelden, bepalend is. Integendeel verschaft datgene, wat in feite verloren werd, of in de toekomst naar redelijke verwachting, in feite zal verbeurd zijn, de maatstaf om de schadeloosstelling te waarderen.

Dit is de eerste en één van de belangrijkste toepassingen van het voorschrift volgens hetwelk de schadeloosstelling *in concreto* alleen aan de schade gemeten wordt: uitsluiting van rechtstoestanden als bepalend bestanddeel voor de begroting, om enkel en alleen de feitelijke zekerheid als criterium aan te wenden.

Aldus vooral de schadeloosstelling na overlijden van een persoon, van wie de aanspraakgerechtigden hun levensonderhoud ontvingen.

Er werd reeds betoogd dat deze laatste geen recht op het verschafte levensonderhoud moesten kunnen laten gelden jegens de overledene, opdat het bestaan van hun schade zou erkend worden: rechtskrenking is niet vereist, terwijl de krenking van een rechtmatig belang de noodzakelijke en voldoende voorwaarde van hun aanspraak is (zie boven, nr. 22 e.v.).

Anderzijds werd ook opgemerkt dat het bestaan van een recht op onderhoud wel invloed kan uitoefenen op de zekerheid van de schade, op voorwaarde dat het onderhoud waarop de aanspraakgerechtigde een recht kan laten gelden, in feite verschaft werd (zie boven, nr. 26 e.v.).

Vergelijk inderdaad twee mogelijkheden.

Ofwel had de aanspraakgerechtigde een recht op het levensonderhoud, dat hem in feite verschaft werd. De zekerheid dat dit in de toekomst verder zou verschaft worden kan gemakkelijker erkend worden dan wanneer het hem verschafte onderhoud aan geen enkel recht beantwoordde. Ofwel had de aanspraakgerechtigde dit recht, maar het onderhoud werd hem niet verschaft. Indien dit recht maar kan uitgeoefend worden, door een geding tegen de schuldenaar van het levensonderhoud, dan zal de zekerheid, dat het in de toekomst zou verschaft worden, niet zo gemakkelijk kunnen aanvaard worden als in het geval waar het

zonder enige verplichting, vrijwillig verschaft werd (G. MORANGE, *La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative, Rec.Dall.*, 1953, *Chr.*, blz. 28).

Dit onderscheid tussen de rechtstoestand en de feitelijke toestand is dan ook bepalend voor de begroting der schadeloosstelling *in concreto*.

Niet het verlies van datgene, waarop de aanspraakgerechtigde r e c h t had, moet hem vergoed worden, maar datgene wat hij i n f e i t e verloren heeft.

Dit zal vooral het geval zijn na overlijden van één der echtgenoten die, ofwel feitelijk gescheiden leefden, ofwel reeds een echtscheidingsproces voerden. Het enige wat voor de begroting van de schade bepalend is, blijkt hetgeen in feite, *in concreto* te waarderen, door de overlevende echtgenote en de kinderen verloren is (zie verder, nr. 941).

Dezelfde principes gelden, *mutatis mutandis*, voor de waardering van de genegenheidsschade en haar herstel (zie verder, nr. 946).

Niet alleen is het recht op levensonderhoud niet bepalend, omdat de schadeloossteling *in concreto* begroot wordt. Bovendien zijn de voorschriften van het Burgerlijk Wetboek betreffende het levensonderhoud, en nl. het vereiste van behoefte in hoofde van diegene die het genoot, zonder toepassing op zijn aanspraak uit onrechtmatige daad jegens diegene door wiens schuld de overledene gedood werd, omdat de schadeloosstelling objectief begroot wordt (zie verder, nr. 266).

Een merkwaardig vonnis, in verband met de hier besproken materie, werd in 1973 uitgesproken door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen: een uit de echt gescheiden vader van vier kinderen, welke maandelijks een onderhoudsgeld van hem ontvingen, werd in een ongeval gedood. Ter zake oordeelde de rechtbank dat het overlijden van de vader in hoofde van de kinderen geen m a t e r i ë l e schade uitmaakte.

,,Overwegende dat indien het verwerven van een erfenis door het overlijden van het slachtoffer, niet op zichzelf als compensatie van de geleden schade mag beschouwd worden, de schade in elk geval *in concreto* dient onderzocht met alle elementen die ze verzwaren of verlichten;

dat de kinderen maar schadevergoeding mogen eisen in de mate dat zij beroofd zijn van dit deel van de inkomsten van hun vader waarop zij gerechtigd waren, d.w.z. alimentatiegeld tot hun 21 jaar, hoogstens 23 jaar, einde der studies;

(...)

de kinderen in feite geen verminderde inkomsten door het ongeval zullen hebben; dat zij minstens dezelfde, wellicht hogere inkomsten zullen genieten, en dit zonder het kapitaal aan te spreken;

dat er inderdaad geen materiële schade voorhanden is, eens aanvaard dat het vervroegd in bezit komen van de vaderlijke erfenis, hun renten verzekert die de verhoopte alimentatiegelden overtreffen;

(...)

Overwegende dat het wel op het eerste gezicht vreemd voorkomt dat de dader van het ongeval hier een minder zware last zal dragen omdat het slachtoffer vermogend was, wanneer er gewoonlijk een zwaardere last te dragen is wanneer het slachtoffer grote bedrijfsinkomsten verwerft en het verlies dus groter is voor de slachtoffers die er van genoten, maar dat dit slechts een gevolg is van het feit dat de schade niet *in abstracto* maar *in concreto* dient onderzocht en de vergoeding een werkelijke materiële schade moet dekken, wat hier niet bewezen is.'' (Rb. Antwerpen, 28 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1974, 9272 met noot J. FONTEYNE).

C. HET CONCRETE, NIET HET NORMALE IS BEPALEND

1. Algemene regel

244 Uit de verplichting de concrete feitelijke toestanden te achterhalen en, voor de aldus vastgestelde schade een even concrete schadeloosstelling te begroten, volgt, dat geenszins in aanmerking mag genomen worden hetgeen normaal, volgens de gewone gang van zaken had moeten verloren zijn, maar wel wat de aanspraakgerechtigde als werkelijk verlies kan laten gelden, onder voorbehoud, wel te verstaan, van de verschuiving van de bewijslast op diegene die zich op de afwijking van het normale beroept (zie boven, nr. 82 e.v.).

De passende schadeloosstelling is dan ook diegene die, aan dit welbepaald slachtoffer, genoeg verschaft om zijn verlies goed te maken, en niet datgene wat als een normaal geval, als voldoende schadeloosstelling zou kunnen gelden (zie o.m. L. RIPERT, nr. 105, blz. 118, nr. 169, blz. 156; PERRET, blz. 112; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2393, blz. 747 e.v.; Parijs, 24 nov. 1949, *Rec.Dall.*, 1951, 313; Luik, 20 okt. 1952, *J.T.*, 1953, 254, met noot P. ORIANNE; Parijs, 2 juni 1972, *R.Dr.Pén.*, 1973, 304; Gent, 23 mei 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9104; zie verder de verwijzingen in nr. 248 e.v., betreffende de voorbeschiktheid van het slachtoffer).

Steeds dient derhalve de concrete, d.w.z. de voor de benadeelde betrekkelijke waarde van het geleden verlies begroot te worden. M.a.w. het is niet de abstracte of absolute waarde van het onmiddellijk getroffen goed of van de aangetaste waarde die moet begroot worden.

Schade is immers belangenkrenking. Derhalve dient *in concreto* nagegaan te worden welk het belang was van de benadeelde op het ongeschonden behoud van het goed of van de zaak.

Aldus b.v. wordt, ter waardering van de schade, niet abstract vastgesteld wat het leven van een man waard is, maar wordt *in concreto* het werkelijk verlies nagegaan, door de nabestaanden geleden hetgeen wisselt met de omstandigheden van elk geval, zoals het aantal kinderen en hun leeftijd, het inkomen dat door dit overlijden voor hen en voor de weduwe verloren gaat, enz.

Bij de waardering van deze inkomstenschade is niet bepalend wat een normale mens van die leeftijd kan verdienen, maar wat het slachtoffer *in concreto* door zijn arbeid verdiende en verder had blijven verdienen, was hij niet gedood (Luik, 20 okt. 1952, *J.T.*, 1953, 254).

Er werd weliswaar bij de studie omtrent het bewijs en de bewijslast ten aanzien van bestaan en de omvang van de schade, opgemerkt, dat ook de omvang der schade volgens de gewone gang van zaken gewaardeerd wordt, en, wat de toekomstige schade betreft, naar redelijke verwachting. Dit betreft echter slechts de verdeling en de omvang van de bewijslast. Van beide partijen is het diegene die zich op een afwijking van de gewone gang van zaken beroept, die het bewijs zal moeten leveren van de concrete afwijking (zie boven, nr. 82 e.v.).

Als hulpmiddel in de begroting, zal het criterium van de gewone gang van zaken slechts aangewend worden waar een nauwkeurige begroting door de aard van de schade uitgesloten is (zie verder, nr. 355 e.v.). Maar ook dan wordt, zoals reeds beklemtoond werd, dit criterium *in concreto* aangewend.

Er wordt b.v. gewaardeerd wat volgens de gewone gang van zaken door dit welbepaalde slachtoffer voor de aanspraakgerechtigden bestemd was van een inkomen dat *in concreto* vastgesteld werd. M.a.w. het criterium van de gewone gang van zaken zelf wordt aangewend ten aanzien van de feiten, en de redelijke verwachting, in hoofde van de aanspraakgerechtigden, volgens hun leeftijd en deze van de overledene.

Het gaat immers om, een concreet geval te toetsen aan een algemene ervaringsregel.

Als hoofdregel geldt dus de waardering van de juist passende schadeloosstelling, rekening houdend, zoveel mogelijk met alle bijzondere omstandigheden eigen aan het onderzochte geval.

Alle middelen tot begroting zijn slechts subsidiaire hulpmiddelen om het bedrag der vergoeding voor de schade waarvan het bestaan vaststaat, bij gebrek aan nauwkeuriger middelen, bij benadering te waarderen (zie boven, nr. 234).

245 Bepalend is dus steeds het concrete, niet het normale. Heel duidelijk is het b.v. dat de aangesprokene er aan zijn slachtoffer geen rekenschap over mag vragen waarom hij met een dure wagen reed in plaats van met een goedkope. Hij moet de wagen vergoeden die hij stukgereden heeft (Gent, 23 mei 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9104).

Aldus ook zal het voor de aangesprokene een zwaardere last zijn de schade te vergoeden ontstaan door het overlijden van een man met groot inkomen en veel kinderen, dan moest hij een arme jonggezel hebben gedood. M.a.w. er bestaan geen normale slachtoffers, en geen doorsnee-zaken; de schade is steeds concreet en moet even concreet vergoed worden.

246 Verschillende vraagstukken die hiermede verband houden, vertonen echter zekere bijzondere kenmerken en zullen verder, afzonderlijk besproken worden.

Moet de aansprakelijke b.v. noodzakelijk in alle gevallen alle herstellingskosten vergoeden, of mag hij, integendeel, zijn verbintenis niet beperken tot het bedrag van de normale, redelijke kosten?

Mag het slachtoffer vrij de duurste geneesheer en kliniek en de duurste behandeling kiezen?

Indien al deze kosten, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden van de zaak, als redelijk mogen beschouwd worden, zullen zij in principe ten laste zijn van de aangesprokene. Maar de vraag kan hierbij echter gesteld worden of het de benadeelde vrij staat gelijk welk herstel of gelijk welke behandeling uit te kiezen, ook al is deze zwaarder voor de aansprakelijke. Deze vraag zal o.m. behandeld worden als een toepassingsregel van de keuze van de herstelvorm (zie verder, nr. 289 e.v., en nr. 293), en van de vraagstukken die oprijzen in verband met de zogenaamde verplichting voor de benadeelde om de schade te beperken (zie verder, nr. 460 e.v. en nr. 470).

247 Een andere heel belangrijke toepassing van dit principe zal ook verder uitvoeriger besproken worden, waar het onderscheid zal gemaakt worden tussen de onbekwaamheid tot arbeid en deze om inkomsten te verwerven, onderscheid dat o.m. in de Zwitserse rechtspraak zeer duidelijk wordt gemaakt door de tegenstelling tussen *Arbeidsunfähigkeit* en *Erwerbsunfähigkeit* (zie o.m. *B.G.E.*, 57, II, 103).

Er kan nu reeds aangestipt worden hoe een arbeidsongeschiktheid in een bepaald beroep (b.v. in de magistratuur) helemaal geen weddeverlies veroorzaakt, en als dusdanig dan ook niet te vergoeden is, — onder voorbehoud van de extrapatrimoniale schade, — terwijl dezelfde invaliditeit in een ander beroep een evenredige inkomstenschade kan veroorzaken (zie verder, nr. 1122 e.v.).

De schadeloosstelling wordt *in concreto* gewaardeerd, en niet volgens forfaitaire regelen.

2. Bijzonder toepassingsgeval: voorbeschiktheid voor schade in hoofde van de getroffen persoon of zaak

A. het vraagstuk

248 Een belangrijke toepassing van de regel, volgens dewelke de schade en schadeloosstelling *in concreto,* met uitsluiting van elk voorzienbaarheidscriterium moeten begroot worden, biedt het vraagstuk van de voorbeschiktheid voor schade in hoofde van het slachtoffer of van het goed waarin het schade leed, hetgeen sedert IHERING genoemd werd, de persoonlijke receptiviteit van de persoon of de reële receptiviteit van de zaak (VON IHERING, *Œuvres choisies,* Vert. O. DE MEULENAERE, II, blz. 129).

Deze vraag rijst vooral bij persoonsschade op, en kan best gesteld worden aan de hand van een typisch voorbeeld.

Bij een auto-ongeval, veroorzaakt door onachtzaamheid van de bestuurder, wordt een persoon gekwetst die toevallig aan hemofilie lijdt. De verwonding, die voor een normaal mens eerder onbenullig had kunnen zijn, is tengevolge van de aanleg van het slachtoffer, zijn vatbaarheid of receptiviteit, of nog zijn pathologische voorbeschiktheid, dodelijk geworden.

Moet de aansprakelijke deze schade vergoeden, of, integendeel, mag zijn verbintenis beperkt of gematigd worden tot de schadeloosstelling van hetgeen een normaal slachtoffer, in dezelfde omstandigheden zou geleden hebben?

249 Men bemerkt onmiddellijk dat het probleem niet alleen beperkt is tot de schade, maar eventueel de s c h u l d en het oorzakelijk verband ter sprake brengt.

Het is duidelijk dat de voorafbestaande pathologische toestand van het slachtoffer de schade kan veroorzaakt hebben op zo uitsluitende wijze dat de aangesprokene geen enkele schuld treft.

Dit zou b.v. het geval zijn waar een blinde aangereden wordt door een autobestuurder die redelijk niet moest verwachten dat de voetganger zulke abnormale reactie zou hebben, terwijl hij niet kon vermoeden dat hij blind was (LORD WRIGHT in Bourhil v. Young, aangeb. door MAYNE, blz. 56; SALMOND, § 147, blz. 503).

Vooral bij nabuurschade kan de voorbeschiktheid van het slachtoffer of van zijn goed, er de enige oorzaak van zijn dat zijn schade buitensporig is, terwijl het criterium van onrechtmatigheid van de nabuurschade gelegen is in het schuldige overschrijden van de som der normale lasten van het nabuurschap. Indien deze schade alleen maar een buitensporige last is wegens de abnormale voorbeschiktheid of aanleg van de benadeelde gebuur of van zijn eigendom, kan geen onrechtmatigheid vastgesteld worden: de schade is objectief niet buitensporig, ze overtreft geenszins de normale lasten, maar de gebuur is bovenmatig teergevoelig. M.a.w. niet de nabuurschade is abnormaal, maar het beweerde slachtoffer is abnormaal gevoelig.

Dit zou b.v. het geval zijn waar een zieke zich beklaagt over een licht geluid veroorzaakt door een naburig bedrijf, wanneer dit geluid door elke normale mens als normaal zou geduld zijn (zie hierover: VON IHERING, *Œuvres choisies,* II, blz. 129 e.v.; MAZEAUD/TUNC, 1970, 604 e.v., blz. 697 e.v.; L. RIPERT, nr. 106, blz. 119).

In deze gevallen ging het over de voorafgaande vraag naar de onrechtmatigheid van de daad van de aangesprokene, niet over de te vergoeden omvang van een, bij onderstelling op onrechtmatige wijze, veroorzaakte schade.

250 Het vraagstuk kan ook ten aanzien van het oorzakelijk verband beschouwd worden.

Was de onrechtmatige daad de noodzakelijke oorzaak van de schade? Of moet de verzwaring van de schade, tot een grotere omvang dan bij een normaal slachtoffer te verwachten ware, niet aan een andere oorzaak, nl. aan de voorbeschiktheid van het slachtoffer zelf toegeschreven worden?

Hier moet een onderscheid besproken worden, dat theoretisch duidelijk kan blijken, maar in de praktijk zelden zo klaar afgetekend zal zijn, omdat bij de vaststelling en de begroting van de schade met hypothetische toestanden moet vergeleken worden (zie boven, nr. 22). De vraag is hier: wat zou het slachtoffer met zijn voorbeschiktheid of aanleg, of wat zou, de met een gebrek aangetaste zaak, in de toekomst gebleven of geworden zijn?

In een zeer gedocumenteerde analyse werd door DELVAUX een driedubbel onderscheid voorgesteld (noot onder Luik, 13 juli 1950, *J.T.*, 1950, 637).

Deze auteur behandelt afzonderlijk het geval waar de verminderde toestand in hoofde van het slachtoffer of van het goed vóór de onrechtmatige daad reeds verworven was; vervolgens dit, waar voordien slechts een aanleg of voorbeschiktheid bestond; tenslotte het geval, waar de voorafbestaande kwaal of schade in evolutie was.

251 Voor de eerste hypothese zal eigenlijk geen enkele causaliteitsvraag oprijzen. De toestand van het slachtoffer of van de zaak was bij onderstelling statisch. Zijn voorbeschiktheid tot meerdere schade bestaat in een op zodanige wijze verworven toestand, dat er, volgens de gewone gang van zaken, geen enkele verandering zou ingetreden zijn, ware door de onrechtmatige daad de toestand niet verstoord.

Een reeds beschadigd voorwerp werd nog meer geteisterd, of een gebrekkige mens nog meer verwond.

Het klassieke voorbeeld is dit waar het oog van een éénogige wordt uitgestoken. Hier werd een voorafbestaande toestand verzwaard (DEMOGUE, IV, nr. 464*bis*, blz. 130; SAVATIER, II, nr. 464, blz. 16).

Het gaat hier slechts om een juiste beoordeling en waardering van de schade. Daartoe moet men de toestand van de benadeelde vergelijken met die, waarin hij verder zou gebleven zijn, was het ongeval niet gebeurd (DELVAUX, *a.w.*).

De vorige toestand was nu bij onderstelling reeds aangetast.

Deze voorbestemming is geen voorbeschiktheid tot schade, maar een vatbaarheid voor zwaardere schade, of desgevallend voor kleinere schade, dan die welke door een normaal slachtoffer in dezelfde omstandigheden was geleden.

De twee hiernavolgende gevallen zullen dit illustreren. Indien een persoon reeds één hand verloren had en hij in het besproken ongeval opnieuw aan dezelfde arm gekwetst wordt, zodat die moet afgezet worden, is zijn schade, en derhalve ook de schadeloosstelling, te waarderen door de vergelijking tussen zijn toestand na het ongeval, nl. de toestand van een man die één arm verloren heeft, met de toestand waarin hij zich op dat ogenblik verder zou bevonden hebben zonder het ongeval, nl. de toestand van een man die slechts één hand had. Men bemerkt dat de schade, d.i. het verschil tussen de twee vergeleken toestanden, kleiner is dan de schade geleden in alle dezelfde omstandigheden door een man die nog zijn beide handen had en er

nu een verliest (zie MAZEAUD/TUNC, nr. 2395, blz. 750).

Indien echter dezelfde éénhandige persoon tengevolge van het ongeval zijn andere hand verliest, zal zijn schade integendeel veel groter kunnen zijn dan die van een persoon met twee handen, in precies dezelfde omstandigheden.

Zekere technische moeilijkheden in de begroting buiten beschouwing gelaten en waarover verder zal gehandeld worden, kan de vraag gesteld worden of op de aangesprokene de last van het volledige herstel van de schade mag gelegd worden, nu deze abnormaal groot is, tengevolge van een voorbeschiktheid of aanleg die van het normale afwijkt, en wel zo, dat een normaal slachtoffer merkelijk minder schade zou geleden hebben.

252 Men heeft van dit eerste geval willen onderscheiden dit waar het slachtoffer vóór de onrechtmatige daad een loutere aanleg tot grotere schade vertoonde, evenwel zonder enige actuele vermindering van zijn vermogens. Voor het geval van zakenschade stelt men hiermede op gelijke voet, de zaak die met een gebrek behept is, maar die evenwel de dienst waarvoor zij bestemd was, normaal kan vervullen (DELVAUX, *t.a.p.*).

Het klassieke voorbeeld is dit van de hemofilie of van de eierschaalschedel. De schade, en derhalve ook de schadeloosstelling worden hier echter evenzeer gewaardeerd door de vergelijking tussen de toestand, door de onrechtmatige daad veroorzaakt, met de hypothetische toestand waarin het slachtoffer zonder deze zou gebleven zijn.

M.a.w. de vraag is eens te meer: mag op de aangesprokene de last gelegd worden van de schade die abnormaal groter is geworden tengevolge van een abnormale voorbeschiktheid voor schade in hoofde van het slachtoffer.

Ook wat de zakenschade betreft, is de vraag er een van een vergelijking waarbij dan gevoegd wordt het vraagstuk van de aftrek van oud tot nieuw waarover verder zal gehandeld worden (zie verder, nr. 1260 e.v.).

253 In de eerste twee gevallen was de voorafbestaande toestand statisch, in die zin dat, mocht de schadeberokkenende gebeurtenis niet voorgekomen zijn, de toestand van het slachtoffer bij onderstelling dezelfde gebleven zou zijn. De éénogige was éénogige gebleven, of de 15 % invalide man had hetzelfde overblijvende vermogen tot arbeid van 85 % bewaard. De eierschaalschedel of de bloeder zouden in dezelfde toestand voortgebleven zijn, behept met een loutere voorbeschiktheid, terwijl de schedelbreuk of de bloeding door de onrechtmatige daad veroorzaakt werden.

In een derde geval echter gaat het over een reeds bestaande kwaal in evolutie, waarin door een onrechtmatige daad ingegrepen wordt.

Hier is het hypothetische element, waarmede vergeleken wordt bij de vaststelling en begroting van de schade, veel groter.

De éénogige of de bloeder kon vanzelfsprekend zonder de onrechtmatige daad in een ander ongeval

dezelfde schade lijden. Maar dit andere ongeval is een loutere mogelijkheid, evenals het hypothetisch latere ongeval waarin een normale mens zou kunnen omkomen. Men mag met dergelijke loutere gebeurlijkheden noch in het ene, noch in het andere geval rekening houden, maar slechts met sterke waarschijnlijkheden die, volgens de gewone gang van zaken, redelijk te verwachten zijn.

In de derde hypothese echter is er evolutie van binnen uit: de latere schade is reeds in de kiem aanwezig. De gang van deze ontwikkeling is echter door de onrechtmatige daad, van buiten uit, zeker nadelig verstoord.

De vraag blijkt evenwel ten aanzien van het recht wezenlijk dezelfde te zijn; alleen is de feitelijke moeilijkheid om de schade te begroten verschillend.

Schade en schadeloosstelling worden immers eens te meer gewaardeerd door de vergelijking tussen de toestand, veroorzaakt door het ongeval, en deze, waarin het slachtoffer zou gebleven zijn, en in de toekomst zou gekomen zijn, ware de onrechtmatige daad niet verricht. Maar vermits deze laatste hypothetische toestand precies in evolutie zou gebleven zijn is hier een grote bewegende onbekende, die de juiste begroting bemoeilijkt. Hierbij komt nog, in de andere zin, de mogelijkheid van een gunstige evolutie.

Er zijn ontegensprekelijk toepassingsgevallen die niet heel duidelijk in de ene of de andere categorie te rangschikken zijn; dit is b.v. het geval van de voorafbestaande liesbreuk, die door een ongeval een beknelde liesbreuk wordt; de hartkwaal waarvan men niet kan weten of ze evolueerde noch hoe ze zou ontwikkelen; de aanleg tot geestesziekte; een kanker; een latente tuberculose e.d.m.

Ook VAN QUICKENBORNE gaat uit van het geschetste driedelig onderscheid en behandelt, vanuit het causaliteitsvraagstuk, vijf mogelijke stellingen, waarbij de hieronder besproken oplossing ook zijn goedkeuring kan wegdragen (zie VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, nr. 883 e.v., blz. 513 e.v.).

b. De oplossing

254 Voor de drie hypotheses is er één gemeenschappelijke oplossing wat het principe betreft, de verschilpunten liggen in de begrotingsmoeilijkheden, eigen aan elk geval. Zonder de onrechtmatige daad was de schade helemaal niet of niet op die wijze, of niet zo vroeg ontstaan. M.a.w. het oorzakelijk verband kan niet betwist worden, vermits de schade, in haar ontstaan, het gevolg is van de schuld van de aangesprokene.

De voorzienbaarheid van die welbepaalde grotere schade dan normaal te verwachten was, is geen vereiste van aanspraak en aansprakelijkheid (zie boven, nr. 224).

Hetzelfde principe wordt aangewend bij de toepassing van de art. 418 e.v. Sw. Zelfs wanneer de dodelijke afloop van de slagen en verwondingen voor een gedeelte veroorzaakt zijn door de voorbeschiktheid van het slachtoffer, staat het misdrijf vast.

Er is inderdaad voor deze inbreuk niet vereist dat het gebrek aan vooruitzicht of voorzorg de enige oorzaak van het overlijden was (Cass., 4 juli 1955, *Pas.*, 1955, I, 1202; *J.T.*, 1955, 621; Cass., 20 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1137; Luik, 15 febr. 1960,

J.Liège, 1959-60, 281; *R.G.A.R.*, 1962, 6836; Brussel, 13 maart 1970, *R.G.A.R.*, 1970, 8456; Brussel, 19 okt. 1972, *R.G.A.R.*, 1973, 8948; Brussel, 16 jan. 1973, *Verz.*, 1973, 169).

Hierbij moet onderlijnd worden dat het begrip schuld in de art. 1382 B.W. en 418 Sw. hetzelfde is (A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, Parijs, 1966).

Zonder de onrechtmatige daad was het slachtoffer niet beginnen bloeden, en de mogelijkheid dat hij door een andere oorzaak had kunnen gekwetst worden, onderbreekt het oorzakelijk verband evenmin, als de mogelijkheid dat een normaal mens, mogelijks, later ook door eigen schuld had kunnen overkomen (DE PAGE, II, nr. 961, blz. 970; DALCQ, II, nr. 2476 e.v.; DABIN/LAGASSE, *R.Crit.J.B.*, 1959, nr. 138, 317; J.L. FAGNART, *Examen de jurisprudence 1955-1969*, nr. 46, blz. 77; DEMOGUE, IV, nr. 464, blz. 129.

SAVATIER liet hieromtrent gelden: „La causalité d'un dommage doit s'apprécier sans tenir compte de simples hypothèses dont la réalisation eût été possible dans l'évènement dommageable... En d'autres termes, dans l'appréciation de la causalité, on ne tient compte que des évènements connus, et non des évènements hypothétiques" (SAVATIER, II, nr. 459*bis*, blz. 8). Maar hieraan wordt de nodige schakering toegevoegd waar, als uitzondering aanvaard wordt dat indien *in concreto* de verwezenlijking van de besproken hypothese voldoende zekerheid heeft, de rechtbank hiermede rekening mag houden. Aldus b.v. kan het doden van een stervende *in concreto* slechts als een geringe verkorting van het leven beschouwd worden (SAVATIER, *t.a.p.; vgl.* Corr. Kortrijk, 18 dec. 1953, *R.G.A.R.*, 1954, 1658; zie ook, betreffende het in aanmerking nemen van een reserve-oorzaak, verder, nr. 496 e.v.).

In een arrest van het Hof van Beroep te Gent werd dit duidelijk geformuleerd: „Overwegende dat... verweerder... de volledige verantwoordelijkheid over de schadelijke gevolgen van het ongeval zou dienen te dragen omdat de omstandigheid dat het slachtoffer gezond is of ziekelijk, jong of oud, rijk is of arm, grote bedrijfsinkomsten heeft of werkeloos is, de hoegrootheid van de schade wel zal beïnvloeden maar niet de aansprakelijkheid van diegene die aan het slachtoffer lichaamsleed toebracht; dat het toebrengen van dit lichaamsleed immers alleen rechtstreeks in oorzakelijk verband staat met de opgelopen schade" (Gent, 5de K., 10 maart 1952, i.z. Pourcelet t. Geirnaert, *onuitg.*: het woord *rechtstreeks* is hier echter te veel, zie boven, nr. 227; *vgl.* Brussel, 16 jan. 1973, *Verz.*, 1973, 169).

Het Hof van Cassatie oordeelde dat, wanneer het ongeval een dodelijke afloop had t.g.v. de voorbeschiktheid van het slachtoffer, — terzake: microbe door ongeval in de wonde gebracht, slechts dodelijk tengevolge van pathologische voorbeschiktheid —, niettemin het oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en het overlijden van het slachtoffer mocht vastgesteld worden (Cass., 13 juni 1932, *Pas.*, 1932, I, 189; *vgl.* Cass., 8 juni 1951, *Pas.*, 1951, I, 691; Cass., 7 nov. 1966, *Arr.Cass.*, 1967, 328; *Pas.*, 1967, I, 320).

Zelfs indien men in de pathologische voorbeschiktheid een medeoorzaak van de schade erkent, beperkt die de aansprakelijkheid niet, aangezien bij samenloop van oorzaken, nl. van schuld enerzijds en overmacht of toeval anderzijds, de aansprakelijkheid volledig blijft rusten op de schuldige (MAZEAUD/TUNC, 1975, nr. 1613, blz. 737; J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, R.Trim. Dr.Comm.*, 1976, 19 e.v.; DALCQ, II, nr. 2481; *zie* ook Brussel, 19 okt. 1972, *R.G.A.R.*, 1973, 8948).

Alleen de eigen schuld van het slachtoffer kan de verbintenis tot schadeloosstelling van de aansprakelijke verminderen, niet de samenloop met andere oorzaken dan

eigen schuld (Cass., 2 april 1936, *R.G.A.R.*, 1936, 2163; Cass., 10 okt. 1949, *Pas.*, 1950, I, 64; Cass., 19 maart 1951, *Pas.*, 1952, I, 493; Cass., 12 febr. 1962, *Pas.*, 1962, I, 660; Cass., 7 nov. 1966, *Arr.Cass.*, 1967, 328; *Pas.*, 1967, I, 319).

Nochtans besliste de Correctionele Rechtbank te Leuven dat de aansprakelijke slechts voor een deel moet instaan voor de schade, wanneer een voorbestaande toestand een overwegende rol heeft gespeeld in de tragische afloop van het ongeval (Corr. Leuven, 2 sept. 1970, *Verz.*, 1972, 23 met noot R.B.). Het probleem van de voorzienbaarheid werd reeds eerder besproken (zie boven, nr. 224).

255 De grondvraag is dus te weten of de aansprakelijke instaat voor heel de schade, die ten gevolge van de voorbestemming van het slachtoffer van zijn bijzondere, of zelfs buitenmatige voorbeschiktheid voor schade, groter is dan de schade, die volgens de gewone gang van zaken, door een normaal slachtoffer zou zijn geleden.

Behoudens enkele zeldzame afwijkingen, wordt als algemene regel aangenomen dat, — vermits het oorzakelijk verband met de onrechtmatige daad niet kan betwist worden — diegene die de schade door zijn schuld veroorzaakte, het risico draagt van de voorbeschiktheid van het slachtoffer: ,,... *l'auteur du dommage supporte les risques de la réceptivité personnelle de la victime*'' (DE PAGE, II, nr. 961, blz. 970); ,,... ce que le juge doit rechercher, c'est le dommage effectivement subi par la victime, non pas le préjudice qu'aurait à sa place subi une autre personne, un type abstrait, une victime normale'' (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2393, blz. 748); of nog volgens het klassieke *dictum* van LORD WRIGHT:

,,*The wrongdoer must take the victim as he finds him*'' (Bourhil v. Young aangehaald naar SALMOND, § 147, blz. 503; WINFIELD, § 21, blz. 79; MAYNE, blz. 55; In dezelfde zin: VAN RIJN, *Chr.*, Cass., 13 okt. 1981, *Pas.*, 1982, I, 223; *Belg.Jud.*, 1939, 342; L. RIPERT, nr. 104, blz. 117 e.v.; VAN BOESCHOTEN, blz. 21 e.v.; M.G. noot onder Brussel, 23 nov. 1950, Bull.Ass., 1951, 675; V. DELVAUX, noot onder Luik, 13 juli 1950, *J.T.*, 1950, 637; Cass., 8 juni 1951, *R.W.*, 1951-52, 545; *R.G.A.R.*, 1952, 4927; Cass., 5 nov. 1956, *Arr.Cass.*, 1957, 144; *Pas.*, 1957, I, 227; Cass., 23 dec. 1965, *J.T.*, 1966, 338; Cass., 31 maart 1966, *Pas.*, 1966, I, 993; zie nochtans A. TUNC, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1963, 357).

Deze regel vindt ook bij DALCQ bevestiging: ,,L'auteur de la faute doit en réparer toutes les conséquences, mêmes celles qui ont aussi pour cause les prédispositions pathologiques de la victime (...) mais il ne doit réparer que les conséquences de son acte illicite et non celles d'un état préexistant constituant pour la victime un mal déjà acquis'' (DALCQ, II, nr. 2476 e.v.).

Afwijkingen zijn zeldzaam. Zij steunen vooral op het onjuiste inzicht, waardoor de voorbeschiktheid, zonder meer, met *eigen schuld gelijk gesteld* wordt (PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 541, blz. 744; Brussel, 23 nov. 1950, *Bull.Ass.*, 1951, 675; *R.G.A.R.*, 1951, 4730; Brussel, 1 dec. 1950, *R.W.*, 1950-51, 748; *vgl.* ook PIRSON/DE VILLÉ, *Quelques remarques au sujet des prédispositions pathologiques*, *R.G.A.R.*, 1936, 2149).

De schade en de schadeloosstelling moeten immers *in concreto* gewaardeerd worden: niet wat normaal als schade mocht verwacht worden, maar wat concreet als schade geleden werd, moet vergoed worden, noch min, noch meer.

In de toepassing van de arbeidsongevallenwet, wordt met de pathologische voorbeschiktheid van het slachtoffer geen rekening gehouden (DELARUWIÈRE/NAMÈCHE/BERTRAND, *Accidents du travail*, tweede

druk, nr. 201, blz. 256; Rb. Gent, 17 april 1953, *R.W.*, 1953-54, 438, met noot K. MOORS; *R.G.A.R.*, 1953, 5251; Cass., 17 nov. 1955, *Pas.*, 1956, I, 252; Cass., 4 juni 1959, *Pas.*, 1959, I, 1012; Cass., 23 dec. 1965, *Pas.*, 1966, I, 563; Cass., 31 maart 1966, *Pas.*, 1966, I, 993; Cass., 2 april 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 703; *Pas.*, 1970, I, 657; Cass., 8 sept. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 23; *Pas.*, 1972, I, 21; Cass., 19 dec. 1973, *Arr.Cass.*, 1974, 451; *Pas.*, 1974, I, 423; *J.T.T.*, 1975, 11).

256 Eens dit principe aanvaard, blijven slechts nog, in de eerste en derde besproken hypotheses, moeilijkheden over voor een juiste b e g r o t i n g . De aansprakelijke moet de volledige schade vergoeden, d.i. het verschil, *in concreto* vastgesteld, tussen de toestand na het ongeval en deze waarin het slachtoffer zonder dit ongeval was gebleven of gekomen.

Onderzoeken wij even de eerste hypothese: v e r w o r v e n n a d e l i g e t o e s t a n d vóór het ongeval.

Indien de éénhandige vóór het ongeval, rekening houdend met zijn invaliditeit, toch nog b.v. een inkomen van 80.000 per jaar verwierf, dan is hij na het verlies van zijn andere hand 100 % onbekwaam om enig inkomen te verdienen en zal dit verlies van 80.000 Fr. per jaar hem door de aangesprokene volledig moeten vergoed worden.

Vanzelfsprekend moet dezelfde oplossing gelden, wanneer men de gegevens van het vraagstuk anders formuleert, nl. waar men, in plaats van te spreken van een éénhandige, spreekt van een slachtoffer dat vóór het ongeval reeds 60 % werkonbekwaam was. Door het besproken ongeval verliest hij al het hem resterende, zodat het inkomen dat hij met 60 % werkonbekwaamheid verdiende, hem 100 % moet vergoed worden.

Aldus ook het geval waar iemand reeds 30 % werkonbekwaam was, en door het ongeval 70 % werkonbekwaam wordt.

Zijn bekwaamheid tot arbeid, vroegere 70 %, nu 30 %, is met 40 % verminderd. Indien tussen de bekwaamheid tot arbeid en de bekwaamheid om inkomen te verwerven overeenstemming was, is het verlies gelijk aan 4/7 van het inkomen dat hij had blijven verwerven, was het ongeval niet gebeurd. Deze oplossing is echter niet absoluut zoals wel eens voorgesteld werd (*vgl.* PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 180, 2°, blz. 431 e.v.). Ze geldt slechts in geval tussen *Arbeitsunfähigkeit* en *Erwerbsunfähigkeit* (zie over dit onderscheid, verder, nr. 1143 e.v.), algehele overeenstemming bestond.

Dit is het geval waar het slachtoffer, — om in hetzelfde voorbeeld te blijven, — zonder zijn eerste verwonding b.v. 100.000 Fr. zou blijven verdiend hebben. Sedert zijn eerste invaliditeit van 30 % verdient het slechts 70.000 Fr. meer.

Na de besproken onrechtmatige daad, waardoor hij 70 % werkonbekwaam wordt, behoudt hij nog 30 % zijn vermogen om inkomen te verwerven, hetzij 30.000 Fr. Er is dus een verlies van 4/7 of 40.000 Fr.

Maar hieraan dient een correctief gebracht te worden voor het geval aan de invaliditeit geen of geen evenredige *Erwerbsunfähigkeit* beantwoordde.

Aldus b.v. een man die 10 % werkonbekwaam was, zonder dat deze invaliditeit enige invloed op zijn inkomen had. Door een ongeval is hij 60 % werkonbekwaam, en hieraan beantwoordt nu een werkelijk gelijke *Erwerbsunfähigkeit*.

Onderstellen wij hetzelfde inkomen van 100.000 Fr. Men mag nu niet redeneren: hij was reeds 10 % invalide en nu 60 %; er is dus vermindering van 50 %; m.a.w. een verlies van 5/9 van het vroeger inkomen. De juiste oplossing is integendeel: nu verbeurt hij 60 % van zijn bekwaamheid tot arbeid en tot verwerven van inkomsten.

Nog duidelijker is het geval van de éénogige die door de onrechtmatige daad zijn tweede oog verliest. Met één oog kan hij b.v. nog zijn volledig werk verrichten zonder enige vermindering van zijn vermogen om inkomsten te verwerven. Nu is hij volledig onbekwaam tot enige winstgevende arbeid.

Het hoeft dus geen betoog dat in geval van vermindering van arbeidsgeschiktheid, de aftrek niet steeds mathematisch kan geschieden (Luik, 23 dec. 1959, *J.T.*, 1960, 631; Corr. Gent, 24 nov. 1960, *R.G.A.R.*, 1961, 6706; Corr. Dinant, 11 mei 1965, *J.Liège*, 1965-66, 44; Corr. Hoei, 4 maart 1966, *R.G.A.R.*, 1966, 7645; Luik, 18 mei 1966, *Bull.Ass.*, 1966, 733; Corr. Leuven, 2 sept. 1970, *Verz.*, 1972, 23; Corr. Luik, 24 mei 1971, *R.G.A.R.*, 1971, 8664; *zie* in dit verband ook NGUYEN THANH NHA, *a.w.*, *R.Trim.Dr.Comm.*, 1976, 24 e.v.).

Terecht werd door het Hof van Beroep te Gent — in verenigde kamers — geoordeeld dat de getroffene die vóór het ongeval aan suikerziekte leed en haar arbeid volledig kon verrichten, niettemin een aanspraak kon laten gelden tegen de dader, ook al was de voorbeschiktheid, of de voorafbestaande ziekelijke toestand, één der voorwaarden opdat de onrechtmatige daad dergelijke gevolgen zou veroorzaakt hebben (Gent, 13 juli 1954, *Pas.*, 1955, II, 109; *vgl.* Luik, 18 mei 1966, *Bull.Ass.*, 1966, 733; DURRY, *R.Trim.Dr.Comm.*, 1967, nr. 3, 154 e.v.).

De twee invaliditeiten zouden, afzonderlijk beschouwd, desgevallend geen *Erwerbsunfähigkeit* veroorzaakt hebben. Maar integendeel, door het opnieuw treffen van een reeds getroffen slachtoffer, — dat aldus op voorhand vatbaar was voor een grotere schade dan een normale mens, — is grotere schade ontstaan dan normaal had moeten verwacht worden.

Welnu, niet die schade moet vergoed worden die door een abstracte normale mens ware geleden, maar wel die schade *in concreto* vastgesteld en begroot, die dit welbepaalde slachtoffer ondergaat (*R.Crit.J.B.*, 1968, 347).

257 Voor de derde hypothese, schade in evolutie, bestaat echter een moeilijkheid.

Waar de schade, als gevolg van de toestand van het slachtoffer of van het beschadigde goed, alleen, onafhankelijk van de onrechtmatige daad, toch zou ingetreden zijn, kan de schade vanzelfsprekend niet als gevolg van deze onrechtmatige daad beschouwd worden (DE PAGE, II, 1965, nr. 961, blz. 970 e.v.; SAVATIER, II, nr. 459*bis*, blz. 8; Cass., 5 nov. 1956, *Pas.*, 1957, I, 227; Cass., 23 dec. 1965, *J.T.*, 1966, 338; Cass., 31 maart 1966, *Pas.*, 1966, I, 993; Luik, 29 febr. 1969, *J.Liège*, 1968-69, 249; Luik, 15 mei 1972, *J.Liège*, 1973-74, 35; *zie* verder nr. 494 e.v.).

Er zal echter verder vastgesteld worden dat dan nog, desgevallend, aansprakelijkheid bestaat voor het nadeel uit de vervroegde verwezenlijking van de schade.

Daartoe is echter zekerheid van de ontwikkeling van de nadelige toestand tot de thans vastgestelde schade vereist, en een loutere mogelijkheid kan niet opwegen tegen de zekerheid dat de vastgestelde nadelige toestand nu werkelijk door de onrechtmatige daad veroorzaakt werd (Corr. Bergen, 12 juli 1939, *R.G.A.R.*, 1940, 3168; LARENZ, II, § 69, blz. 366).

In elk geval rust de bewijslast van die nadelige ontwikkeling op de *aangesprokene*, vermits zij van de normale gang van zaken afwijkt, en de moeilijkheid om de schade te begroten, — nl. de vraag naar hypothetische latere ontwikkeling, — door zijn onrechtmatige daad teweeg gebracht is (DALCQ, II, nr. 2479; *zie* boven nr. 77 en 82).

Een belangrijk toepassingsgeval uit de rechtspraak maakt het principe duidelijk.

De onrechtmatige daad van de aansprakelijke had krankzinnigheid van het slachtoffer veroorzaakt.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat, zelfs indien de kwaal ontstond, mede tengevolge van de ziekelijke aanleg van het slachtoffer, niettemin op de aansprakelijke de volledige last van het herstel bleef rusten, tenzij die zou bewijzen dat de kwaal, zonder zijn onrechtmatige daad, evenzeer zou ontstaan zijn. Dit kon niet gemakkelijk aanvaard worden, daar ondanks sommige probabiliteiten, een betere ontwikkeling of genezing van de voorbeschiktheid niet uitgesloten was (Brussel, 15 mei 1948, *Pas.*, 1948, II, 81; *R.G.A.R.*, 1949, 4448 en 4471).

De voorziening in cassatie tegen dit arrest werd verworpen in een arrest waarbij overwogen werd dat de voorbeschiktheid van het slachtoffer tot krankzinnigheid, de herstelverplichting niet uitsluit. De voorbeschiktheid zou slechts in aanmerking kunnen genomen worden om de omvang van de herstelplicht te beperken, voor zover de aansprakelijke het bewijs zou leveren dat het slachtoffer, door deze voorbeschiktheid, en, onafhankelijk van de onrechtmatige daad, nadien noodzakelijk door krankzinnigheid had moeten getroffen worden.

Hierin ligt het verschil met de eerste twee hypotheses. Maar in dit opzicht preciseerde het Hof bovendien uitdrukkelijk dat de bewijslast op de aangesprokene rust (Cass., 8 juni 1951, *R.W.*, 1951-52, 545; *vgl.* Cass., 5 nov. 1956, *Pas.*, 1957, I, 227; Luik, 23 dec. 1959, *R.G.A.R.*, 1960, 6547; Luik, 15 febr. 1960, *J.Liège*, 1959-60, 281).

De noot onder het arrest van 8 juni 1951 in de Pasicrisie voegt er terecht aan toe dat, wanneer dit bewijs zou geleverd zijn, alle aansprakelijkheid niet uitgesloten was, maar dat de schade van een andere aard zou kunnen worden, nl. het *vervroegen* van een schadelijk gevolg dat, zonder de onrechtmatige daad, zich op een later tijdstip zou voorgedaan hebben: „A la vérité lorsqu'il est prouvé que la victime, indépendamment de l'acte illicite, serait néanmoins, mais ultérieurement seulement, devenue démente en raison de l'évolution de cette prédisposition pathologique, le dommage causé par l'acte illicite consiste dans la survenance prématuré de la démence" (*Pas.*, 1951, I, 691).

DELVAUX stelt voor, het deel van de schade te schatten dat door de schuld van de aangesprokene veroorzaakt werd, en het deel dat onafhankelijk daarvan zou ontstaan zijn (noot onder Luik, 13 juli 1950, *J.T.*, 1950, 638).

Hierbij wordt echter niet voldoende rekening gehouden met de vervroeging van dit laatste deel enerzijds, en met de mogelijkheid van verbetering anderzijds.

258 De praktische moeilijkheid echter zal zijn, te weten wanneer de verwezenlijking van de kwaal, of het overlijden, als mogelijk gevolg van een bestaande kwaal slechts vervroegd werd door de onrechtmatige daad.

Het is een niet aan te nemen oplossing, als algemene regel slechts schade door anticipatie te erkennen wanneer een voorafbestaande aanleg medeoorzaak van de schade was (in die zin: PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 190, 2°, 431).

Deze beperking van de schadeloosstelling tot de omvang van de schade door vervroegde verwezenlijking van het nadeel ontstaan, zal integendeel, maar dan slechts uitzonderlijk, aanvaard worden, waar het bewijs geleverd werd dat zij zonder de onrechtmatige daad zeker was ingetreden, zoals terecht in de zoëven aangehaalde noot van de *Pasicrisie* opgemerkt werd (in die zin: Brussel, 10 dec. 1937, *R.G.A.R.*, 1938, 2650; Parijs, 30 okt. 1940, *Dall.Hebd.*, 1940, 214; Luik, 22 april 1964, *Bull.Ass.*, 1965, 512 met noot R.P.; Pol. Leuze, 27 jan. 1964, *Bull.Ass.*, 1964, 316 met noot M.G.).

Terecht werd opgemerkt dat dergelijk bewijs, strikt genomen, nooit kan geleverd worden. Er dient dan ook rekening gehouden met de graad van waarschijnlijkheid dat het verwezenlijkte nadeel zich, zonder de onrechtmatige daad, al of niet zou hebben voorgedaan (noot onder Luik, 22 april 1964, *Bull.Ass.*, 1965, 516 e.v.).

Een zeer duidelijk voorbeeld van schade uit loutere vervroeging, is de schadepost in verband met de uitvaartkosten wanneer, rekening houdend met de respectievelijke levensduur van het slachtoffer en van de aanspraakgerechtigden, deze laatsten langer hadden moeten leven, en derhalve toch éénmaal de uitgave van de uitvaart zouden hebben moeten dragen. De schade bestaat hier in de vervroegde uitgave van deze kosten. Zij dient derhalve begroot te worden in verhouding met de vermoedelijke levensduur van het slachtoffer van de normale rentevoet. De juiste schadeloosstelling bestaat dus in het verschil tussen de uitvaartkosten en de contante waarde van deze kosten betaalbaar op het tijdstip van het vermoedelijke overlijden, was het ongeval niet gebeurd (zie verder, nr. 813 e.v.).

259 Bij de bepaling van de vermoedelijke levensduur van het werkonbekwame, of overleden slachtoffer, tot begroting van de inkomstenschade onder de vorm van een kapitaal, zal het hiermede verwante vraagstuk gesteld worden of rekening mag gehouden worden met de ziekelijke toestand of voorbeschiktheid van het slachtoffer.

Dit vraagstuk is beperkt tot het al dan niet aanwenden op dit bepaalde slachtoffer, van de levensduurtabellen van de statistiek. M.a.w. mag de waarschijnlijkheid van deze tabellen op een gemiddelde berekend, nog opgaan voor dit slachtoffer dat voor het ongeval reeds een ziekelijke mens was (bv. noot onder Luik, 22 april 1964, *Bull.Ass.*, 1965, 512; DALCQ, II, nr. 2485; zie hierover verder, nr. 916 e.v.).

260 Tot nog toe werden vooral gevallen besproken van persoonlijke voorbestemming tot schade van personen.

Tot dezelfde problematiek behoort de *reële voorbeschiktheid tot schade van zaken* (VON IHERING, *Œuvres choisies*, vert. O. DE MEULENAERE, II, blz. 129).

Het vraagstuk doet zich hier echter meestal anders voor. Een reeds bestaande vermindering of een aanleg tot schade kan uiteraard voor zaken niet gelijkgesteld worden met die van personen.

Mogelijk heeft het voorafbestaand gebrek of de voorbeschiktheid tot schade van de zaak geen rol gespeeld in het ontstaan of de uitbreiding van de schade.

B.v. een reeds gehavende auto wordt nog meer beschadigd, of reeds gedragen klederen worden vernield. De enige vraag hier is deze van het juist passend herstel.

Ten aanzien van het herstel *in concreto* is geen enkele moeilijkheid, wel ten aanzien van de regel „noch min, noch meer", indien herstelwerken uitgevoerd worden, waardoor de waarde van de zaak zou

vermeerderd worden, of waar vervangingsgoederen slechts met de meerwaarde van oud tot nieuw kunnen verschaft worden. Deze vraag die ten onrechte wel eens in deze problematiek betrokken wordt (*vgl.* DELVAUX, reeds aangehaalde noot, *J.T.*, 1950, 637), hoort niet tot het behandelde vraagstuk, en zal als toepassingsgeval van de toerekening der voordelen besproken worden (zie verder, nr. 1260).

Er zijn integendeel wel gevallen van reële, bijzondere vatbaarheid voor schade, waarin het nadeel, door de onrechtmatige daad veroorzaakt, gebeurlijk slechts als schade door vervroeging kan beschouwd worden, in de aard van diegene die in de uitvaartkosten erkend werd.

De beschadiging of de vernieling van een gebouw, dat met een erfdienstbaarheid van rooilijn belast was, veroorzaakt een grotere schade doordat het niet meer op dezelfde plaats mag hersteld worden. Met deze bijzondere vatbaarheid voor grotere schade kan geen rekening gehouden worden om de herstelplicht van de aansprakelijke te matigen: hij moet de volledige schade herstellen (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2393, blz. 747; VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 910, blz. 526 e.v.; Gent, 6de K., 14 juni 1954, i.z. O.M. en De Meester t./ Kerckaert, *onuitg.;* zie vooral het stevig gemotiveerd vonnis van Rb. Leuven, 28 maart 1956, *R.W.*, 1956-57, 1028; zie verder SAVATIER, II, nr. 473, blz. 29: deze auteur onderstelt voor deze juiste oplossing ten onrechte logische voorzienbaarheid van deze grotere schade; *anders:* Corr. Luik, 9 juli 1927, *R.G.A.R.*, 1927, 169).

Desgevallend zou hier slechts van vervroegde schade sprake zijn indien uit de omstandigheden zou blijken dat het gebouw toch binnen een bepaalde tijd zou moeten afgebroken worden om de baan te verbreden.

3. Besluit

261 Elk schadegeval is ten lange laatste verschillend van elk ander door de bijzondere vatbaarheid van de benadeelde persoon of van de beschadigde zaak.

Afgezien van uitzonderingsgevallen van pathologische of buitengewone voorbeschiktheid, heeft elke persoon, elke zaak een eigen aanleg tot grotere of kleinere beschadiging of benadeling, verschillend van elke andere persoon of van elke andere zaak. Welnu, de schadeloosstelling wordt *in concreto* begroot, in die zin, dat de omstandigheden eigen aan het geval, en niet de normale toestanden bepalend zijn.

Een zeer belangrijk toepassingsgebied hiervan zal ook geboden worden bij de begroting van de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade, die zeer verschillend kan zijn enkel en alleen door de eigen vatbaarheid van het slachtoffer of van zijn nabestaanden (zie verder, nr. 650 e.v.).

M.a.w. de schade door dit wel bepaalde slachtoffer geleden, dient vergoed te worden, niet wat *in abstracto* normaal of redelijk als schade te voorzien of te verwachten was.

§ 4. Objectief herstel — Toepassingen

A. HET VRAAGSTUK

262 Uit de motieven, uitgedrukt bij de bespreking van het ontwerp van artikel 1382 B.W., kon reeds blijken dat aan de schade, die *in concreto* gewaardeerd werd, een objectief herstel moet beantwoorden. Alleen de schade bepaalt immers de maat van de schadeloosstelling (zie boven, nr. 230 e.v.).

In dit opzicht neemt ons recht in de rechtsvergelijking een enigszins bijzondere plaats in.

In Nederland werd voor de schade door verwonding (art. 1407 Ned. B.W.) en doding (art. 1406 Ned. B.W.), uitdrukkelijk bepaald dat de rechter de schadeloosstelling mag matigen: ,,naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden''.

Het laatste lid van artikel 1407 Ned. B.W. bepaalt nog meer algemeen dat deze wijze van begroting van de schadeloosstelling ,,in het algemeen toepasselijk is bij de waardering der schade, ontstaan uit elk misdrijf tegen den persoon gepleegd''. D.w.z. buiten de voorziene gevallen van verwonding en doodslag, ook bij verkrachting, willekeurige aanhouding e.d.m.

Hierdoor heeft de Nederlandse wetgever bewust een afwijking ingevoerd van de *Code civil* en tevens van de algemene regel van artikel 1401 Ned. B.W., niet alleen door de aanspraakgerechtigden op beperkende wijze aan te duiden (zie boven, nr. 126), maar vooral door de omvang van de verschuldigde schadeloosstelling door de rechter te laten matigen (VAN BRAKEL, I, nr. 543, blz. 653; Hoge Raad, 2 jan. 1931, Hoetink, blz. 367; DRION, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 60 en 332 e.v. Deze auteur geeft daarbij enkele factoren aan die, naar zijn oordeel, bron tot matiging zouden moeten zijn, o.a. een geringe schuld, de onvoorzienbaarheid van het bedrag der schade, de verzekering van eisen, enz.).

Met het oog op het ontwerp van het nieuw Nederlandse B.W. werd door professor MEIJERS de vraag gesteld of het wenselijk is aan de rechter een matigingsrecht toe te kennen.

Het voorlopig antwoord van de Minister van Justitie luidde als volgt: ,,aan de rechter dient een algemene bevoegdheid toegekend te worden om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen zulks met voorbehoud, dat geen matiging toegelaten is voor zover de schuldenaar door verzekering zijne aansprakelijkheid heeft gedekt, daartoe verplicht was of zodanige dekking gebruikelijk is'' (*Buitenl. Rechtstijdingen,* vijfde jg., 1953, nr. 2, 22).

Daarenboven wordt in art. 6.1.9.12 a van het nieuw B.W. matiging toegestaan wanneer de 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. De matiging mag echter niet geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken (DRION, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 61; G.H.A. SCHUT, *Onrechtmatige daad,* 1979, blz. 77 e.v.).

Eens te meer ontwikkelt de verzekering tot bescherming niet alleen van de aansprakelijke verzekerde, maar ook van zijn slachtoffer (zie boven, nr. 237).

Belangrijk ook als vergelijkingspunt, als afwijkend recht, is het Zwitserse.

In artikel 43, I, O.R. wordt aan de rechter voorgeschreven de schadeloosstelling te begroten, met inachtneming van de omstandigheden en de zwaarte der schuld: ,,Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat''.

In wezen gaat het hier over een matiging van de schadeloosstelling, zoals in het Nederlandse recht, doch in tegenstelling met dit laatste, waarin de matiging een afwijking van de algemene regel betekent, tot de persoonsschade beperkt, geldt naar Zwitsers recht integendeel het matigingsvoorschrift voor alle gevallen.

De Zwitserse rechtsleer houdt voor dat als grondregel blijft gelden dat het bedrag van de vergoeding door de werkelijkheid van de schade begrensd is, in die zin dat geen vermogensvermeerdering voor het slachtoffer mag voortspruiten uit de schadeloosstelling, maar wel zo dat de schade tevens principieel volledig dient vergoed te worden.

De rechter moet tot een dubbele bewerking overgaan: eerst een nauwkeurige begroting van de werkelijk geleden schade; nadien dient hij op gemotiveerde wijze, indien daartoe omstandigheden voorhanden zijn, de schadeloosstelling te matigen. Er zijn dus twee onderscheiden en opeenvolgende verrichtingen, eerst de *Schadenersatzberechnung*, en vervolgens pas de *Schadenersatzbemessung* (zie hierover GUHL, § 10, 1, blz. 64; zie vooral: OFTINGER, I, § 7, blz. 197 e.v.).

De tweede verrichting, de matiging van de schadeloosstelling, verwezenlijkt een verdeling van de schade tussen de partijen, met inachtneming van de volgende bestanddelen: de eigen schuld van het slachtoffer, de zwaarte van de schuld van de aangesprokene, de noodtoestand van deze laatste, het uitzonderlijk hoog vermogen van het slachtoffer, de medeaansprakelijkheid van derden in het veroorzaken van de schade, e.d.m.

De genoegdoening voor extrapatrimoniale schade wordt slechts toegekend ingeval schuld bij de aangesprokene bewezen is (OFTINGER, I, § 8, III, blz. 224).

Daarentegen blijkt het Duitse recht ten aanzien van de vermogensschade een objectief herstel te huldigen.

Als uitzondering op deze algemene regel geldt, evenals naar Belgisch recht (art. 1386*bis* B.W.), de *Ersatzpflicht aus Billigkeit* van ontoerekenbaren (§ 829 B.G.B.).

Schijnbaar afwijkend is ook de begroting van de genoegdoening voor schade die geen vermogensschade is, vermits in § 847 B.G.B. spraak is van *billige Entschädigung*.

263 Van uit het standpunt van de rechtsvergelijking is het zeer belangrijk op te merken hoe de afwijkende regelingen *a contrario* toelaten te besluiten tot de regel van het objectieve herstel in het Burgerlijk Wetboek. Dit is vooral het geval met het Nederlandse B.W., waar artikelen 1406 en 1407 niet alleen van ons recht afwijkend zijn, maar als dusdanig zeer bewust ingevoerd werden ook binnen het kader van het Nederlandse B.W. (zie vooral de besluiten van het O.M. voor Hoge Raad, 22 dec. 1950, *N.J.*, 1951, nr. 222, met noot Ph. A.N.).

264 Af en toe wordt in het Belgische en Franse recht een stelling verdedigd die overeenstemt met de strekking van het besproken buitenlandse recht.

Twee opvattingen staan tegenover elkaar, naar de terminologie van DEMOGUE, de objectieve en de subjectieve.

Vooreerst de objectieve, waarin de schadeloosstelling er uitsluitend toe strekt alles terug te brengen in de toestand die zou bestaan hebben indien het schadegeval niet gebeurd was.

Hierin wordt alleen gestreefd naar het herstel van het, objectief te meten, verstoord evenwicht.

Het nadeel, welke ook de aard van de onrechtmatige daad is, moet volledig goedgemaakt worden door degene die er voor aansprakelijk is, derhalve met uitsluiting van elk penale idee van bestraffing van de dader of van matiging van de schadeloosstelling wegens zijn lichte schuld (*vgl.* Colmar, 9 febr. 1961, *Rec.Dall.*, 1961, J. 691 met noot ESMEIN).

Vervolgens de subjectieve opvatting, die uitgaat van de sociale reactie tegen de

onrechtmatige daad, en dus penaal getint blijft. Zij laat toe, enerzijds de schadeloosstelling aan te passen aan de schuld van de aangesprokene, door matiging bij lichte schuld, en anderzijds toch een van de schuld van de aansprakelijke aangepaste vergelding te voorzien, ingeval van zware schuld zonder schade of met kleine schadelijke gevolgen (*vgl.* DEMOGUE, IV, nr. 384, blz. 24 e.v.). Zij laat tenslotte ook toe rekening te houden met de vermogenstoestand van de partijen.

B. OPLOSSING

1. De vermogenstoestand van de partijen komt niet in aanmerking

265 Het in aanmerking nemen van de vermogenstoestand van de partijen wordt in het Belgische recht praktisch algemeen verworpen (zie o.m. Krijgshof Luik, 14 dec. 1948, *J.T.*, 1949, 101; Mil.Ger., Brussel, 8 maart 1946, *Pas.*, 1946, II, 17; *impl.* Vred. Waremme, 17 okt. 1962, *R.G.A.R.*, 1963, 7120 met noot R.O.D.).

Deze mogelijkheid werd impliciet, maar duidelijk verworpen door het uitvaardigen van het afwijkend voorschrift van artikel 1386*bis* B.W., dat het bedrag van de schadeloosstelling, door ontoerekenbaren verschuldigd, laat afhangen van de vermogenstoestand van de partijen.

Deze bepaling is afwijkend recht. Zij betreft geenszins de schuldaansprakelijkheid van de artikelen 1382 B.W. e.v., maar schept een verhaalsaansprakelijkheid van het vermogen van de ontoerekenbare dader, waarvan de omvang naar billijkheid begroot wordt door de feitenrechter (zie verder, nr. 718 e.v.).

Artikel 1386*bis* B.W. beklemtoont aldus *a contrario* de algemene regel van het objectieve herstel, door artikel 1382 B.W. ondersteld.

De aanpassing van de veroordeling aan de betaalkracht van de schuldenaar, is een afwijkende regeling, eigen aan de familierechtelijke onderhoudsverplichting, en is uiteraard afwijkend van het algemene principe uit de artikelen 7 en 8 Hypotheekwet, dat de hoeksteen van het hele verbintenissenrecht is.

De uitsluiting van de regelen van het burgerlijk wetboek betreffende het levensonderhoud, werd reeds vermeld naar aanleiding van de begroting *in concreto*. Niet de rechtstoestand maar de feitelijke toestand is bepalend (zie boven, nr. 234).

Omdat het herstel objectief dient te zijn, worden de regelen betreffende het levenonderhoud eveneens uitgesloten. Indien de schadeloosstelling objectief begroot wordt, dient slechts het feitelijk verlies in aanmerking te komen, zonder rekening te houden met de behoefte aan levensonderhoud van het slachtoffer, noch met de betaalkracht van de aansprakelijke.

In de Nederlandse rechtspraak integendeel wordt vereist dat de in art. 1406 Ned. B.W. genoemde nabestaanden behoefte hadden aan het verloren onderhoud, het is derhalve niet voldoende dat de overledene hen in de vruchten van zijn arbeid deed delen. M.a.w. de schadeloosstelling wordt er begroot, niet in verhouding met wat zij in feite verliezen, maar met de alimentatie waarop zij, op het ogenblik van de begroting, recht hadden en die zij ook redelijk mochten verwachten (conclusie BERGER, voor H.R., 22 dec. 1950, *N.J.*, 1951, nr. 222, 476; Hof 's-Hertogenbosch, 3 juni 1952, *N.J.*, 1953, nr.

411, 636; zie verder DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 294 e.v. met de aldaar geciteerde rechtspraak).

Het Zwitserse recht, waarin de vordering eveneens een alimentair karakter vertoont, schijnt echter de onderhoudsbehoefte iets ruimer op te vatten (zie boven, nr. 126).

266 Evenmin als voor de aanspraak uit artikel 1382 B.W. een recht op levensonderhoud vereist is (zie boven, nr. 22 e.v.), wordt feitelijke onderhoudsbehoefte vereist.

Wanneer derhalve ten gevolge van een onrechtmatige daad een man gedood wordt, dient het werkelijke verlies dat de nabestaanden hierdoor lijden, vergoed te worden, en mag de schadeloosstelling niet beperkt worden tot het levensonderhoud dat zij nodig hebben. De schadeloosstelling is objectief en is niet in evenredigheid noch met de behoefte van de aanspraakgerechtigde, noch met de betaalkracht van de aangesprokene (PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 681, blz. 921; L. RIPERT, nr. 108, blz. 121 e.v.; *vgl.* Cass.fr., 20 maart 1952 en 2 mei 1952, *Rec.Dall.*, 1952, 413, met noot R. SAVATIER, het eerste arrest is ook gepubliceerd in *Rec. Sirey*, 1952, I, 187).

In welke maat de schadeloosstelling zakelijk in de plaats treedt van het verloren inkomen dat in werkelijkheid als levensonderhoud gold, en door de techniek der zaakvervanging de zekerheid van de bestemming van het levensonderhoud verkrijgt, werd reeds besproken (zie boven, nr. 168 e.v.).

Zoals verder zal betoogd worden zal de rechter met de betaalkracht van de aansprakelijke in een beperkte mate rekening kunnen houden, zonder enige inbreuk op het principe van de volledige schadeloosstelling nl. door, in geval van lichte schuld, termijnen van respijt toe te staan (Vred. Waremme, 17 okt. 1962, *R.G.A.R.*, 1963, 7120 met noot R.O.D.; *zie* verder, nr. 326 e.v.).

2. De zwaarte van de schuld van de aangesprokene komt niet in aanmerking

267 Anderzijds werd voorgehouden dat een zekere evenredigheid zou moeten bestaan tussen de schadeloosstelling en de schuld van de aangesprokene (MERLIN, *Répertoire*, Tw. *Réparation civile*, § III, blz. 442; *vgl.* echter dezelfde, Tw. *Blessé*, § III, 2; LAROMBIÈRE, *ad* art. 1382-1383, nr. 28; *Pand.B.*, Tw. *Dommages-Intérêts*, nr. 340 e.v.; LAURENT, nr. 411, blz. 429 en nr. 530, blz. 573; ; DEMOGUE, IV, nr. 383, blz. 23; DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, blz. 540 e.v.; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, nr. 179, blz. 340 e.v., nr. 131, blz. 242; M. CRICK, *L'élément ,,degré de faute'' doit-il être pris en considération pour l'évaluation des dommages-intérêts spécialement en matière de préjudice moral, Belg.Jud.*, 1939, 417; STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Parijs (1947), *passim)*.

Deze subjectieve stelling blijkt echter onhoudbaar tegenover de ondubbelzinnige standpunt-verklaring tijdens de bespreking van het ontwerp (zie boven, nr. 231 en 236).

268 De stelling van het objectieve herstel vindt een stevige rechtvaardiging in de grondige tegenstelling tussen burgerlijke aansprakelijkheid en private straf.

Deze laatste, die in het hedendaagse recht nog enkele zeldzame sporen heeft nagelaten (zo b.v. in het Decreet van 10 *Vendémiaire*, jaar IV), kan geen toepassing meer vinden in het moderne schadevergoedingsrecht (zie L. HUGUENEY, *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, études offertes à George Ripert*, Parijs, 1950, T. II, blz. 249).

De theorie van de private straf, waaraan sommigen nog een rol zouden willen toebedelen in de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade, wordt verder, in nr. 693 e.v., besproken.

Indien de private straf er praktisch toe strekt meer te verschaffen dan de schadeloosstelling voor de geleden schade, dan is dit omdat zij het bedrag van de schadeloosstelling aan de intensiteit van schuld van de aangesprokene vastknoopt.

Het Burgerlijk Wetboek heeft buiten het contractenrecht (art. 1151 B.W.) de herstelplicht onafhankelijk gehouden van de graad van schuld.

Schadeloosstelling strekt tot vergoeding, niet tot straf, en de lichtste schuld verplicht tot volledig herstel (*vgl.* Cass., 7 jan. 1963, *Pas.*, 1963, I, 530; Cass., 10 okt. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 146; Cass.fr., 20 okt. 1971, *Gaz.Pal.*, 1972, J. 548).

De schuld wordt overigens in verschillende gevallen vermoed op onweerlegbare wijze (art. 1384 e.v. B.W.).

Schadeloosstelling is geen schuldvergelding maar schadevergoeding.

De schuld, — in de ruimere zin van bewezen schuld of vermoede aansprakelijkheid, — is slechts vereist opdat de dader aansprakelijk weze voor de veroorzaakte schade.

Van dat ogenblik af is de rechtsband tussen aansprakelijke en aanspraakgerechtigde ontstaan, nl. de verbintenis tot volledig herstel. Deze heeft als maat de schade die nog kan groeien of verminderen, zonder het minste verband met de oorspronkelijke schuld, en uiteindelijk te waarderen is op het ogenblik van de begroting der schadeloosstelling in het vonnis of in de dading.

Bovendien bevestigt de vergelijkende belangenwaardering, abstract beschouwd, d.w.z. ingesteld op de algemeenheid, de oplossing van het objectieve herstel.

Uit de wordingsgeschiedenis van het Burgerlijk Wetboek blijkt, dat de wetgever op grond hiervan, het objectieve herstel gewild heeft, en wel op een grondslag die steeds ten volle verantwoord blijft (zie boven, nr. 231 en 236).

Aldus kon in Nederland, waar de rechter over het matigingsrecht beschikt, opgemerkt worden aan het slot van een verdienstelijke rechtsvergelijkende studie: „Vrijwel iedere beperking of matiging van de schadevergoeding doet de benadeelde te kort en noodzaakt hem een deel van zijn schade zelf te dragen. Hiervoor is reeds betoogd, dat een dergelijke beperking door zeer sterke billijkheidsargumenten geschraagd dient te worden en bij gebreke daarvan van de hand gewezen moet worden. Het feit, dat de schade onvoorzienbaar groot is, of door de aansprakelijke moeilijk gedragen kan worden, levert zonder meer een dergelijk billijkheidsargument niet op.

Oordeelt men anders en wil men ook de burgerlijke rechtspleging maken tot een middel tot het verlenen

van sociale bijstand aan sommigen, dan doet men aan het beginsel van de gelijkheid van allen voor de wet tekort" (C.D. VAN BOESCHOTEN, *De omvang van de schadevergoeding bij wanpraestatie en bij onrechtmatige daad*, 1952, blz. 35; in die zin ook de billijkheidswaardering naar aanleiding van genoegdoening voor extrapatrimoniale schade in B.G.H., 29 sept. 1952, *Juristenzeitung*, 1953, blz. 409).

269 In overeenstemming hiermede is de rechtspraak zo stevig in de zin van het objectieve herstel gevestigd dat de pogingen van sommige auteurs, om hiertegen in te gaan, veeleer behoren tot het soort van kunst en vliegwerk van zoekers naar oorspronkelijke stellingen.

Het Hof van Cassatie vatte zeer duidelijk de stand van het recht samen als volgt: „... que *réparer* un dommage c'est rétablir la partie qui l'a subi dans la situation où elle serait demeurée si le fait illicite dont elle se plaint n'avait pas été commis; qu'un tel résultat ne peut être atteint que par *une réparation qui couvre entièrement le préjudice dû à ce fait et pour la détermination de laquelle l'importance de la faute commise apparaît dès lors, comme un élément sans rapport avec la question à résoudre*" (Cass., 15 mei 1941, *Pas.*, 1941, I, 192, motieven op blz. 195, kol. 2; In die zin ook: Cass., 17 jan. 1929, *Pas.*, 1929, I, 63; Cass., 22 dec. 1947, *Pas.*, 1947, I, 555; *J.T.*, 1948, 134; *R.W.*, 1947-48, 665; *R.G.A.R.*, 1948, 4241; Cass., 19 jan. 1948, *Pas.*, 1948, I, 37; Cass., 11 april 1956, *Pas.*, 1956, I, 839; Cass., 7 jan. 1963, *Pas.*, 1963, I, 530; Cass., 10 okt. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 146).

Een, op welke grondslag ook, gematigde schadeloosstelling, ware geen passend herstel meer, vermits aan het slachtoffer de last gelaten wordt van een gedeelte der schadelijke gevolgen door andermans schuld veroorzaakt.

Alleen de eigen schuld van het slachtoffer kan het bedrag van de schadeloosstelling verminderen (Cass., 10 okt. 1949, *Pas.*, 1950, I, 64; Cass., 7 jan. 1954, *R.W.*, 1954-55, 75; Cass., 11 april 1956, *Pas.*, 1956, I, 839; Cass., 17 febr. 1958, *Pas.*, 1958, I, 653; Cass., 19 dec. 1962, *Pas.*, 1963, I, 491.

Ook het Franse Hof van Cassatie besliste zeer duidelijk: „La réparation civile du dommage causé par la loi impose à l'auteur d'un délit, *doit comprendre l'intégralité du préjudice subi, quelle que soit la gravité de la faute ou de la négligence commise par la personne responsable*" (Cass.fr., 21 okt. 1946, *J.C.P.*, 1946, II, 3348); of nog: „L'indemnité sous quelque forme qu'elle soit allouée, doit être représentative du strict dommage causé à la victime, qui ne doit trouver ni perte ni profit dans la décision qui lui accorde réparation" (Cass.fr., 18 dec. 1952, *Rec. Sirey*, 1953, I, 109; zie verder o.m.: Cass.fr., 7 juli 1914, *Rec. Sirey*, 1916, I, 70; Cass.fr., 6 juni 1946, *Rec.Dall.*, 1947, J, 234, met noot J. SAVATIER; Cass.fr., 10 mei 1950, *Rec.Dall.*, 1950, 165; Cass.fr., 18 febr. 1952, *Rec.Dall.*, 1952, J, 323; Parijs, 29 nov. 1949, *Rec.Dall.*, 1951, J, 313; Cass.fr., 20 okt. 1971, *Gaz.Pal.*, 1972, J, 548.

Het merendeel van de moderne auteurs is het eens met die stelling (zie o.m. MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2364, blz. 716 en nr. 2371, blz. 722; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 681, blz. 921; L. RIPERT, blz. 98 e.v.; PERRET, blz. 111; DORVILLE, blz. 346 e.v.; RODIÈRE, nr. 1658, blz. 277; DE PAGE, II, nr. 907, 2°, blz. 869 en nr. 1021, blz. 1064).

Artikel 1382 B.W. vereist derhalve dat de schadeloosstelling zodanig zou begroot worden dat, zonder inachtneming van de vermogenstoestand van de partijen, noch

van de lichte of zware schuld van de aangesprokene, de schade zou vergoed worden, noch min, noch meer.

270 Men heeft echter beweerd dat in de praktijk in België (ROLIN, blz. 85, voetnoot 1), en vooral in Frankrijk, zou afgeweken worden van de regel van het objectieve herstel (P. ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabiité civile, R.Trim.Dr.Civ.*, 1949, 484).

M.a.w. door de billijkheid gedreven, of juister, door een concrete belangenvergelijking te stellen tegen het wettelijke principe, gesteund op de abstrakte belangenwaardering, zou de rechter, in werkelijkheid, zonder die uitdrukkelijk te zeggen, de schade matigen wegens de lichte graad van de schuld of het kleinere vermogen van de aangesprokene.

Wat België betreft, dient deze zogezegde vaststelling ten zeerste betwist te worden. Een jarenlang nauwkeurig onderzoek van de rechtspraak liet dergelijke vaststelling niet toe. Integendeel leidde de studie van een bepaalde stof, nl. de begroting van de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade tot het tegenovergestelde besluit (zie verder, nr. 709 e.v.). Dit was nu precies het gebied waarin die strekking, — indien zij in de werkelijkheid bestond, — zou kunnen vastgesteld worden.

De afwezigheid van dergelijke praktijk spruit eveneens voort uit andere oplossingen. De rechtspraak immers heeft niet geaarzeld elke vordering *ex haerede* te ontzeggen wegens het overlijden van het slachtoffer zelf, ook al bracht de zwaarte van het ongeval er de kosteloosheid van mede, en zulks, ondanks de auteurs die de tegenovergestelde oplossing voorhouden opdat de dader niet straffeloos zou blijven.

271 Ten aanzien van een meer beperkt gebied wordt opgemerkt dat de omvang van de schadeloosstelling naar verhouding van de schuld bepaald wordt, wanneer de eigen schuld van de getroffene medeoorzaak was van de schade (DEMOGUE, IV, nr. 797, blz. 512; JOSSERAND, II, nr. 427, blz. 205; PLANIOL, *Traité élémentaire*, vierde druk door RIPERT/BOULANGER (1952), II, nr. 1034, blz. 366; RODIÈRE, nr. 1630, blz. 244; MAZEAUD/TUNC, 1970, nr. 1514, blz. 628; M. HALLER, *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*, Parijs (1926); P. ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile, R.Trim.Dr.Civ.*, 1949, 481 e.v.; DALCQ, II, 2685 e.v.).

Volgens deze stelling wordt dus de regeling, voorzien, bij aanvaring, door artikel 251, vierde lid van de scheepvaartwetten, uitgebreid tot het gebied van artikel 1382 B.W.

Dat het vraagstuk er in elk geval een van oorzakelijkheid is, en niet van laakbaarheid, bewijst het feit dat, in welk stelsel ook, de eigen schuld van de getroffene slechts dan een verdeling van de aansprakelijkheid medebrengt, wanneer tussen deze eigen schuld en het ontstaan van de schade een noodzakelijk oorzakelijk verband bestaat (zie o.m. Cass., 5 jan. 1953, *Pas.*, 1953, I, 299; Cass., 17 juni 1957, *Pas.*, 1957, I, 1243; Cass., 9 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1120; Cass., 20 nov. 1967, *Arr.Cass.*, 1968, 402; *Pas.*, 1968, I, 375).

De verdeling van de last van het herstel dient derhalve te geschieden volgens de maat waarin de wederzijdse schuld van slachtoffer en aangesprokene, de schade veroorzaakt heeft, en niet volgens de graad van schuldigheid, hetgeen strafrechtelijk gedacht is.

De aansprakelijkheid wordt verdeeld naarmate van het toedoen, niet van de laakbaarheid (WOLFSBERGEN, blz. 214 e.v.; OFTINGER, I, § 7, II, A, blz. 200 e.v. en

blz. 203; MAZEAUD/TUNC, 1970, II, nr. 1443, 1505 e.v.; DALCQ, II, nr. 2579 e.v., blz. 180 e.v.

Op het eerste gezicht kan het verschil tussen beide stelsels niet zo heel groot lijken, en het wordt zelfs soms voorbijgegaan (*vgl.* P.M. BOLAND, noot onder Cass., 5 maart 1953, *J.T.*, 1953, blz. 517).

Bovendien is het ogenschijnlijk een even moeilijke en wellicht even willekeurige bewerking het toedoen van de wederzijdse schuld te waarderen als haar laakbaarheid.

Volgens sommigen zou de verdeling op grond van de causaliteit moeilijker zijn (PLANIOL, *Traité élémentaire,* vierde druk door RIPERT/BOULANGER, II, nr. 1034, blz. 366).

De hier verdedigde oplossing zou dus ogenschijnlijk niet méér houvast verschaffen.

Mocht deze opmerking juist zijn, dan is deze oplossing toch te verkiezen, vermits bij gelijke doelmatigheid, die stelling de voorkeur verdient, die met de principes, en ter zake met het principe van het objectieve herstel, de meeste overeenstemming biedt.

Maar bovendien blijkt het geopperde bezwaar beperkt tot één van de toepassingsmogelijkheden, nl. van de gelijktijdige veroorzaking of, anders uitgedrukt, de gemeenschappelijke schuld (*vgl.* DEMOGUE, IV, nr. 797, blz. 512 e.v.).

Waar twee auto's elkander aanrijden, heeft de wederzijdse schuld van de autobestuurders, — b.v. de overdreven snelheid van de ene en het links rijden van de andere, — gelijktijdig de schade veroorzaakt.

De hier verdedigde stelling krijgt echter haar volle uitwerking en rechtvaardiging bij, na elkander en naast elkander, optredende schuldige handelingen of nalatigheden, b.v. waar het slachtoffer door schuldig stilzitten na het ongeval de schade laat verzwaren of door schuldige handelingen de schade vergrootte.

Hier geschiedt de verdeling ongetwijfeld veel juister en redelijker op grond van het toedoen, d.i. de invloed van de wederzijdse schuld van de partijen op het ontstaan of de ontwikkeling van de schade. De rechtspraak verdeelt dan ook zonder enige aarzeling in dergelijk geval de last van het herstel volgens de maat van veroorzaking (*vgl.* Cass., 7 febr. 1946, *R.Crit.J.B.*, 1948, met noot PIRET; *J.T.*, 1948, 95; Cass., 9 dec. 1962, *R.G.A.R.*, 1963, 7105; Cass., 26 febr. 1966, *Pas.*, 1966, I, 829; Cass., 13 jan. 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 461; *Pas.*, 1969, I, 438; Cass.fr., 16 maart 1977, *R.G.A.R.*, 1978, 9910; Gent, 31 maart 1960, *R.W.*, 1960-61, 641; Luik, 25 jan. 1967, *R.G.A.R.*, 1968, 8104; Antwerpen, 30 april 1970, *Verz.*, 1972, 807; Brussel, 12 dec. 1972, *Verz.*, 1973, 685; Vred. Pâtinages, 25 april 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9128; Brussel, 21 april 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9601; Gent, 20 jan. 1976, *R.W.*, 1977-78, 1206; Rb. Gent, 12 juni 1976, *R.W.*, 1977-78, 1976).

Zo zal de eigenaar van een geaccidenteerd voertuig, dat door hem onverlicht langs een drukke weg werd achtergelaten, in geval van een aanrijding, gedeeltelijk aansprakelijk geacht worden (Cass. Dinant, 28 febr. 1972, *R.G.A.R.*, 1973, 9075); de rechtspraak verdeelt ook de aansprakelijkheid waar het slachtoffer, bestuurder van een motorfiets, naliet zijn valhelm te dragen, en aldus bijdroeg tot de schade (Luik, 6 dec. 1973, *J. Liège,* 1973-74, 161).

In dit verband stelt zich ook het probleem van de aanvaarding van het risico: herhaaldelijk werd door de rechtspraak het standpunt bevestigd dat degene, die als passagier plaatsneemt in een voertuig, waarvan de bestuurder niet in staat was behoorlijk te rijden, een deel van de schade die hij heeft opgelopen moet dragen, daar hij een fout, mede-oorzaak van die schade, heeft bedreven (zie o.m. Luik, 8 maart 1965, *R.G.A.R.*, 1966, 7623; Gent, 24 jan. 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9027; Gent, 24 mei 1973, *R.W.*, 1973-74, 552; Mons, 27 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9608 met noot M. BERTRAND; Cass.fr., 28 jan. 1972, R.Dr.Pén., 1972, 356).

Wanneer het slachtoffer de schade niet beperkte waar het zulks redelijkerwijze kon en moest doen (zie hierover nr. 460 e.v.) zal de aansprakelijke alleen de door hem veroorzaakte schade moeten vergoeden, terwijl het slachtoffer de last zal dragen van de uitbreiding der schade, door zijn schuldig nalaten veroorzaakt (zie b.v. Lyon, 6 juni 1975, *R.G.A.R.*, 1977, 9757).

De laakbaarheid, d.i. de intensiteit van de respectievelijke schuld, komt niet ter sprake (DEMOGUE, IV, nr. 800, blz. 516; MAZEAUD/TUNC, II, nr. 1505 e.v., blz. 621 e.v.; DALCQ, II, nr. 2579, blz. 180).

Maar ook in het eerste, meest voorkomende geval van gelijktijdige veroorzaking door zogenaamde

gemeenschappelijke schuld, blijkt de zwaarte van de schuld bij nader onderzoek niet in aanmerking te komen, maar moet men zich aan de stelling houden, dat de last van het herstel verdeeld wordt volgens de invloed, die de wederzijdse schuld op het ontstaan en de omvang van de schade uitgeoefend heeft.

Veronderstel een autobotsing waarin beide bestuurders in dronken toestand verkeerden, en waar het ongeval alleen hieraan te wijten is.

Het is duidelijk dat indien één van beiden krachtens zijn stand en ambt tot hoger plichtsbesef gehouden was, omdat hij b.v. magistraat is, zijn schuld ongetwijfeld zwaarder is. Toch kan deze zwaardere schuld niet in aanmerking genomen worden om hem een groter deel van de aansprakelijkheid ten laste te leggen, nu de schuld van beiden in het besproken voorbeeld, evenzeer de schade veroorzaakt heeft.

Dit blijkt des te duidelijker waar de aansprakelijkheid van de verweerder op grond van artikel 1384 B.W. vermoed wordt, en, uiteraard, bezwaarlijk aan een verdeling op grond der wederzijdse schuld, althans wat hem betreft, kan gedacht worden.

Een interessante toepassing van de hierboven gestelde principes biedt het volgende arrest van het Hof van Cassatie. Een beklaagde werd vrijgesproken van vervolging dat hij onvoldoende dicht bij de rechterrand van de rijbaan zou hebben gereden. Nochtans stelde de rechter vast dat de beklaagde, wegens een te hoge snelheid of door een slechte reflex, slipte na een maneuver om een aanrijding te vermijden. Voor dit feit was hij echter niet vervolgd. Toch werd de eigenaar als burgerlijk aansprakelijke veroordeeld tot het dragen van een deel der geleden schade, wegens de door de bestuurder gepleegde fout, die in oorzakelijk verband stond met het ongeval. Het Hof van Cassatie bevestigde dat ,,de rechter wettelijk kan beslissen dat hij, aangezien het ten laste van de beklaagde gelegde misdrijf niet bewezen is, niet bevoegd is om kennis te nemen van de burgerlijke rechtsvordering van een burgerlijke partij tegen deze beklaagde, maar dat, gelet op de door deze begane fout, de burgerrechtelijk aansprakelijke partij, eigenares van het door de beklaagde bestuurde voertuig, als burgerlijke partij, slechts een deel van de door haar geleden schade mag vorderen (Cass., 6 dec. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 335).

272 In dezelfde gedachtengang werd voorgehouden dat de onderlinge verdeling van de last van de schadeloosstelling tussen de verschillende aansprakelijken zou moeten geschieden naar verhouding van hun respectievelijke schuld (SAVATIER, II, nr. 610, blz. 197; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 687, blz. 930; RODIÈRE, nr. 1627, blz. 243, L. RIPERT, blz. 113).

Om dezelfde redenen als voor de verdeling tussen slachtoffer en aansprakelijke zal deze stelling echter moeten verworpen worden.

Er kon vastgesteld worden dat het principe van de verdeling in verhouding tot het toedoen of het veroorzaken van de schade met de rechtspraak van het Hof van Cassatie overeenstemt.

Indien het Hof weliswaar besliste dat de last van het herstel verdeeld wordt tussen de verschillende aansprakelijke personen in verhouding tot de relatieve zwaarte van hun schuld en het oorzakelijk verband tussen deze en de schade (Cass., 12 jan. 1948, *Pas.*, 1948, I, 26), dan blijkt deze relatieve zwaarte van de schuld begrepen te worden in verband met haar invloed op het ontstaan van de schade, m.a.w. in de zin van *toedoen, niet van laakbaarheid*.

Terloops wordt nog opgemerkt dat, indien een fout schade heeft berokkend, de dader ervan jegens de getroffene gehouden is tot volledige vergoeding van de schade, ook al is deze veroorzaakt door de samenlopende fout van een *derde* (zie o.m. Cass., 6 maart 1967, *Arr.Cass.*, 1967, 845; Cass., 17 jan. 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 475; Cass., 22 juli 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 1033; Cass., 14 dec. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 382; Brussel, 1 juni 1967, *Pas.*, 1968, II, 7; *vgl.* F. CHABAS, *Bilan de quelques années de jurisprudence en manière de rôle causal, Rec.Dall.*, 1970, *Chr.* 25, blz. 113).

3. Het al dan niet verzekerd zijn van de aangesprokene komt niet in aanmerking

273 Zoals reeds betoogd werd, heeft het recht van de werkelijkheid ten lange

laatste de degelijkheid van het objectieve herstel in de geest van het Burgerlijk Wetboek van 1804 bevestigd (zie boven, nr. 237).

De meer en meer algemeen wordende praktijk van de verzekering bracht inderdaad mede dat de betaling van de schadeloosstelling in de overgrote meerderheid van de schadegevallen, met uitzondering van het opzettelijk veroorzaken van schade, geen invloed meer heeft op het vermogen van de aansprakelijke persoon. Vooral vanaf het inwerking treden van de Wet van 1 juli 1956, betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering ter zake van motorrijtuigen, is de schadeloosstelling werkelijk een verdeling van de verliezen, die uiteindelijk gedragen worden door de verzekerden, en derhalve, in feite, door degenen die samen de meerderheid van de risico-scheppers vormen, en die eveneens in feite beter in staat zijn de schade voor hun rekening te nemen.

Dit betekent echter geenszins dat de rechter *in concreto* rekening zou mogen houden met het feit dat de aansprakelijke verzekerd is, vermits dit met de schade, enige maat van de vergoeding, geen uitstaans heeft (zie H. LE ROY, *La réparation du préjudice corporel : le problème doctrinal et le problème technique, Rec.Dall.*, 1958, *Chr.*, blz. 17 e.v.).

Maar het feit van de verzekering heeft wel ten gevolge dat, anders niet uitgeoefende vorderingen, thans voor de rechtbank gebracht worden.

Dit bleek duidelijk wanneer de echtgenote een eis instelt tegen haar verzekerde echtgenoot die een ongeval veroorzaakte waarin zij schade leed (Brussel, 2 dec. 1940, *R.G.A.R.*, 1941, 3499; Luik, 3 maart 1952, *J.T.*, 1952, 185; *R.G.A.R.*, 1952, 4953; *J.Liège*, 1952, 209; *vgl.* Cass., 9 dec. 1962, *Arr.Cass.*, 1963, *Pas.*, 1963, 491).

Dit is zeker verheugend, indien men aanneemt dat het over werkelijk geleden schade gaat, die anders, zonder herstel zou blijven.

In Nederland is de rechtspraak in die zin gevestigd, dat de rechter in de toepassing van artikelen 1406 en 1407 B.W. rekening mag houden met het feit dat de aangesprokene verzekerd is, om op die grond de schadeloosstelling niet te matigen (VAN BRAKEL, I, nr. 546, blz. 656; Hoge Raad, 20 febr. 1936, Hoetink, blz. 371; *vgl.* Arrond. 's-Gravenhage, 12 dec. 1951, *N.J.*, 1953; nr. 167; DRION, *Onrechtmatige daad*, II, 334).

Toch wordt in Nederland het voorstel geopperd om, ingeval de eiser eventuele schade had verzekerd, toch rechterlijke matiging toe te staan (DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 60, 4°; *zie* boven, nr. 262).

4. Voordelen voor de aangesprokene uit de onrechtmatige daad ontstaan komen als dusdanig niet in aanmerking

274 Het gebeurt vaak dat de aansprakelijke niet alleen schade veroorzaakt aan de benadeelde, maar dat hij terzelfder tijd voordelen voor zichzelf verwezenlijkt door zijn onrechtmatige daad.

Dit zal b.v.herhaaldelijk voorkomen bij onrechtmatige mededinging; de afzet van de benadeelde is niet alleen verminderd, maar de aansprakelijke heeft bovendien zijn eigen afzet vergroot.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, vermits alleen de schade de maat verschaft voor de schadeloosstelling, aan de aangesprokene geen rekenschap kan gevraagd worden van de voordelen die hij gebeurlijk uit zijn onrechtmatige daad heeft kunnen trekken (DEMOGUE, IV, nr. 466, blz. 131; MAZEAUD, III, nr. 2401, blz. 515; PERRET, blz. 112; L. RIPERT, nr. 99, blz. 110; VON THUR, § 13, blz. 89, voetnoot 93 en § 52, blz. 369; zelfde oplossing in de moraaltheologie: PRÜMMER, II, nr. 207, blz. 186; Brussel, 24 maart 1948, *J.T.*, 1948, 106; *anders*, maar niet heel duidelijk: Douai, 19 mei 1952, *Rec.Dall.*, 1952, J. 644).

Het vraagstuk blijkt in de praktijk niet dikwijls op te rijzen (zie o.m. Brussel, 24 maart 1948, *t.a.p.*; Douai, 19 mei 1952, *t.a.p.*; Parijs, 2 maart 1971, *Rec.Dall.*, 1972, 45).

Toch is het niet tot de loutere theorie beperkt.

Er wordt blijkbaar meer dan eens in die zin geredeneerd zonder het uitdrukkelijk in de motieven te vermelden.

In Frankrijk werd geoordeeld dat de schade, geleden door de namaking van tekeningen en modellen, bestaat in de winstderving van de ontwerper, en, dat deze gelijk mag beschouwd worden met de omvang van de winsten, door de namaker verwezenlijkt (Rb. Seine, 12 maart 1956, *Rec.Dall.*, 1956, J, 273; zie ook de interessante noot van J. AZEMA onder Parijs, 2 maart 1971, *Rec.Dall.*, 1972, 49).

Integendeel wordt in België meestal geoordeeld dat met de winsten door de namaker verwezenlijkt, geen rekening mag gehouden worden in de begroting van de door hem verschuldigde schadeloosstelling, tenzij bewezen is, dat de winst door de namaker verwezenlijkt zonder de onrechtmatige daad, door het slachtoffer zou verwezenlijkt zijn. In dat geval is deze winst een maatstaf om het geleden verlies te begroten, terwijl alleen dit laatste de maat verschaft van het herstel (*Nov.*, *Droits Intellectuels*, II, *De la contrefaçon*, nr. 374 e.v.; zie ook: *Rep.P.Dr.B.*, *Brevet d'invention*, nr. 547).

Maar met de Duitse rechtspraak mag aangenomen worden dat de winsten, door de namaker verwezenlijkt, *prima facie* de waarde aanduiden van de door de octrooi-eigenaar verloren afzet; de afwijking hiervan zal moeten bewezen worden door diegene die zich op de afwijking beroept (L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, § 14, I, 3, blz. 194 e.v.; *vgl.* wat de toepassing van art. 37 van de Wet op de auteursrechten betreft: *Nov.*, *Droits Intellectuels*, II, *Le droit d'auteur*, nr. 602).

Deze oplossing zal gelden in alle gevallen van onrechtmatige mededinging, in de ruimste zin begrepen.

Dit *prima facie* bewijs zal slechts gelden waar het niet reeds door de eigen bestanddelen van de zaak ontzenuwd is (zie over het principe boven, nr. 88 en 89).

Aldus b.v. zal de winst door een kwakzalver verwezenlijkt, niet dienstig kunnen zijn tot begroting van de inkomstenschade van de geneesheren, daar het vaststaat dat de zieke zich meestal wendt tot een „genezer" nadat hij zijn vertrouwen in de geneesheer reeds verloren heeft (*vgl.* Brussel, 11 maart 1950, *J.T.*, 1950, 526, met noot M.R.W.; Corr. Clamecy, 8 jan. 1952, *Rec.Dall.*, 1952, *Somm.*, blz. 27).

Waar schadeloosstelling toegekend wordt aan een spoorwegmaatschappij, wegens onrechtmatig personenvervoer, werd geoordeeld dat, ondanks het verlies van een kans dat de reizigers met de trein zouden gereisd hebben, de schade niet gelijk is aan

de prijs van de vervoerbiljetten, die de reizigers zouden betaald hebben (zie boven, nr. 93; zie ook Cass., 17 april 1961, *Pas.*, 1961, I, 882; Cass., 8 mei 1961; *Pas.*, 1961, I, 965; Cass., 26 juni 1961, *J.T.*, 1962, 59 met noot DALCQ; Cass., 31 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 717).

275 In al de gevallen, waar de winst van de dader het verlies van de benadeelde overtreft, zou de benadeelde over geen rechtsvordering op grond van de vermogensverschuiving zonder oorzaak beschikken.

Inderdaad, na volledige schadeloosstelling is hij niet meer verarmd door de verrijking van de aansprakelijke (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2401, blz. 764; *Nov., Droits Intellectuels,* II, *De la contrefaçon,* nr. 381, blz. 354; VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung,* blz. 394 e.v.; *anders:* ENNECCERUS-LEHMANN, § 222, II, b, blz. 840).

HOOFDSTUK II

VORM VAN DE SCHADELOOSSTELLING: GELDELIJK OF IN SPECIFIEKE VORM

AFDELING I

PRINCIPE

§ 1. Terminologie en probleemstelling

276 De aard van, of de vorm waarin het herstel kan gevorderd en bevolen worden, heeft een deel van de rechtsleer klaarblijkelijk al te zeer bezig gehouden.

Moet de schadeloosstelling noodzakelijk in geld begroot en bevolen worden, of dient integendeel het herstel niet primair in een andere, meer aangepaste of doeltreffende vorm bevolen te worden? Moet aldus in het herstel in specifieke vorm de uitzondering gezien worden, dan wel het principe, waarop de geldelijke schadeloosstelling een uitzondering uitmaakt?

Omtrent dit alles heeft de wetgever, die niet eens zegde wat vergoeden is (zie boven, nr. 219), niets bepaald.

Er mag vooreerst opgemerkt worden hoeveel verwarring op dit gebied ontstaan is uit het aanwenden van een dubbelzinnige of in elk geval minder goed passende terminologie, *herstel in natura, réparation en nature, Naturalherstellung, Natural restitution.*

Deze uitdrukkingen passen voor enkele gevallen waar het gaat over het verschaffen van vervangbare zaken tot vergoeding van dergelijke vernielde of beschadigde gelijke zaken of goederen (zie b.v. art. 1, Tit. VI, Decreet 10 *Vendémiaire,* Jaar IV). Zij past niet meer waar spraak is van publikaties e.d.m.

De lectuur van een overigens zeer verdienstelijk proefschrift als dat van Lucienne RIPERT (zie verder, nr. 280), toont aan hoevele betwistingen te wijten zijn, in grote mate althans, aan deze ongeschikte uitdrukking.

Beter passend lijkt de uitdrukking uit artikel 2058 C.civ.it., *risarcimento in forma specifica,* schadeloosstelling in specifieke vorm.

Men ontmoet een verwante terminologie in het Engelse recht: *specific performance* (JENK, § 264).

Aldus b.v. zal deze laatste uitdrukking goed passen waar de rechtbank de geneeskundige behandeling van het gekwetste slachtoffer toelaat op kosten van de aangesprokene, terwijl de kosten verhaalbaar zijn op vertoon van het kwijtschrift; of nog, de betekening van het eerherstellend vonnis aan de bestuurlijke overheid van een beledigde ambtenaar.

Dergelijk herstel kan bezwaarlijk als herstel *in natura* bestempeld worden.

Men gebruikt dus beter de ruimere uitdrukking: schadeloosstelling in specifieke vorm.

Zoals reeds opgemerkt werd, heeft de wetgever niets voorgeschreven betreffende de vorm van de schadeloosstelling. Het woord *réparer* in artikel 1382 B.W., — *vergoeden* in artikel 1401 Ned. B.W. en in de Nederlandse vertaling van de *Code Civil,* goedgekeurd door K.B., 4 maart 1935, — wordt niet nader bepaald. De betekenis van dit woord op zichzelf is zeer ruim, — denk aan: *réparer un meuble, réparer son honneur,* enz., — ruimer dan de termen van de artikelen 1136 en 1142 B.W. waarin sprake is van *dommages et intérêts* (zie boven, nr. 219).

277 Wegens deze leemte in het B.W., is de rechtsvergelijking met buitenlandse oplossingen van het vraagstuk, belangrijk.

Het Duitse B.G.B. stelt in § 249, als toepassing van de bepaling van de schadeloosstelling (zie boven, nr. 220), de *Naturalherstellung* als regel voorop.

Deze *Naturalherstellung* schijnt wel oorspronkelijk bedoeld te zijn geweest tot verschaffen van gelijke vervangbare zaken.

Na de Eerste Wereldoorlog werd dit door de Duitse rechtspraak uitgebreid tot gelijkaardige en gelijkwaardige goederen (ENNECCERUS-LEHMANN, § 18, III, blz. 85).

Naar Duits recht kan alleen de aanspraakgerechtigde in plaats daarvan een geldelijke schadeloosstelling vorderen. Uitzonderlijk echter kan de aansprakelijke gemachtigd worden de schade in geld te vergoeden, indien het door § 249 B.G.B. voorziene herstel „nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist" (§ 251 B.G.B.). Er kan onmiddellijk opgemerkt worden dat deze oplossing, die gesteund is op de vergelijkende belangenwaardering, reeds een richtlijn verschaft voor de rechtsvinding ter zake.

In Zwitserland bepaalt artikel 43 O.R., dat aard en omvang van de schadeloosstelling door de rechter bepaald worden, evenwel met de, van ons recht afwijkende inachtneming van de omstandigheden en zwaarte der schuld (zie boven, nr. 262). In het tweede lid van artikel 49 O.R. wordt bevestigd dat, in plaats van, of benevens de geldelijke genoegdoening voor extrapatrimoniale schade, door de rechter een herstel in een andere vorm mag bevolen worden.

Het Zwitserse recht heeft dus noch aan de geldelijke schadeloosstelling, noch aan het herstel in specifieke vorm, de voorkeur gegeven, en laat de rechter dienaangaande volledig vrij.

De belangwekkende formulering uit het Italiaanse wetboek (art. 2058 C.civ.it.) werd reeds vermeld. Het voorschrift zelf, blijkbaar ingegeven door de formulering van § 249 B.G.B., alhoewel hiervan afwijkend, is ook merkwaardig, als positieve regeling op grond van de vergelijkende belangenwaardering.

Deze tekst bepaalt dat een herstel in specifieke vorm door de aanspraakgerechtigde mag gevorderd worden. De rechter mag weigeren een veroordeling in deze vorm uit te spreken, indien, vergeleken met een geldelijke veroordeling, het herstel in specifieke vorm voor de aansprakelijke te zwaar zou zijn *(eccessivamente onerosa per il debitore).*

Deze beschrijvende rechtsvergelijking kan als volgt samengevat worden.

Het Zwitserse recht laat de rechter volkomen vrij ten aanzien van de aard van het herstel. Geldelijke schadeloosstelling en schadeloosstelling in specifieke vorm mogen zowel voor herstel van vermogensschade dan als genoegdoening voor extrapatrimoniale schade aangewend worden.

De Duitse en Italiaanse wetboeken bepalen een rangorde. Het eerste stelt de schadeloosstelling in specifieke vorm voorop, het tweede als de uitzondering die uitdrukkelijk door de aanspraakgerechtigde dient gevorderd te worden.

Beide wetboeken voorzien op grond van een vergelijkende belangenwaardering, de mogelijkheid voor de aangesprokene om zich te bevrijden met de geldelijke vergoeding, indien het herstel in specifieke vorm buitenmate zwaar zou vallen *(unverhältnismässig-eccessivamente)*.

§ 2. Voorrang van de schadeloosstelling in specifieke vorm

278 In overeenstemming met de uitdrukkelijke bepaling van § 249 B.G.B. zijn de Belgische en Franse rechtspraak terecht uitgegaan van het begrip schadeloosstelling om de vraag op te lossen onder welke vorm de schadeloosstelling mag gevorderd en toegewezen worden; geen enkele andere richtlijn is hier immers voorhanden.

De oplossing zal echter aan de uiteraard verscheidene toepassingsgevallen moeten aangepast worden, op grond van de waardering van de wederzijdse belangen der partijen en de min of meer beperkte mogelijkheid zelf van een juist passend herstel.

De schadeloosstelling werd bepaald als een zo juist mogelijk herstel van het slachtoffer in de toestand waarin het zou gebleven of gekomen zijn, indien de schade niet veroorzaakt was geweest (zie boven, nr. 220 e.v.).

Welnu, zo goed mogelijk herstellen betekent dat de geschonden of ontvreemde waarde, indien zij vervangbaar was, door een gelijke zou vervangen worden, en, wanneer zij niet vervangbaar was, dan minstens door een zo gelijk mogelijke andere waarde; en aangezien het geld als algemene waardemeter beschouwd wordt, zal ten lange laatste, wanneer geen beter passend herstel mogelijk is, een geldelijk herstel in aanmerking komen. Alles hangt af van de aard van de geleden schade.

Het is dan ook de aard van de schade die bepalend zal zijn voor de vorm van de schadeloosstelling.

Daarom is niet een eigenlijk herstel *in natura* de regel, maar wel een schadeloosstelling in specifieke vorm, d.w.z. om het even hoe, maar aan de aard van de schade aangepast.

Er mag dan ook vooropgesteld worden dat de schadeloosstelling primair in specifieke vorm, d.w.z. in een aan de eigen aard der schade aangepaste vorm dient te geschieden. Dit betekent dat steeds het meest aangepaste herstel dient gekozen te worden, van welke aard of vorm dit ook zij (LALON, nr. 88, blz. 46; MAZEAUD/TUNC, 1978, III, nr. 2303, blz. 615; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 682, blz. 922; DEMOGUE, IV, nr. 489, blz. 160; SAVATIER, II, nr. 593, blz. 181; GIVORD, nr. 168, blz. 242; MORANGE, *L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives, Rec.Dall.*, 1951, *Chr.*, blz. 62; DALCQ, T. II, nr. 4154 e.v.; DE PAGE, II,

nr. 1026, blz. 1089; PIRSON/DE VILLÉ, II, nr. 223, blz. 544 e.v., *Rep.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1675 e.v.; DABIN, *R.Crit.J.B.*, 1952, blz. 96, nr. 57; DABIN/LAGASSE, *R.Crit.J.B.*, 1959, *Examen de jurisprudence*, 1955-59, nr. 158, blz. 329; R.O. DALCQ, *R.Crit.J.B.*, 1968, *Examen de jurisprudence*, 1963-67, nr. 108, blz. 368; Rb. Turnhout, 15 febr. 1967, *R.W.*, 1966-67, 1618; Cass., 27 april 1962, *R.W.*, 62-63, 57; Cass., 10 sept. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 31; Cass., 26 juni 1980, *Arr.Cass.*, 1980-81, 1269; *Pas.*, 1980, I, 1345; *R.Crit.J.B.*, 1983 met noot F. DELPÉRÉE; *J.T.*, 1980, 707; *R.W.*, 1980-81, 1661; Brussel, 6 juli 1950, *R.G.A.R.*, 1951, 4786; Rb. Antwerpen, 10 nov. 1948, *R.G.A.R.*, 1939, 4455; Cass.fr. (Req.), 29 maart 1926, *Rec. Sirey*, 1926, I, 209, met noot L. BALLEYDIER; Cass.fr., 20 maart 1952, *Rec.Dall.*, 1952, 342 en 413).

Ook in Nederland heeft het herstel in specifieke vorm doorgang gevonden. Nochtans geeft men geen eigenlijke voorrang aan het herstel in natura.

Art. 6.1.9.9. van het nieuwe B.W. voorziet trouwens: „Schadevergoeding wordt voldaan in geld. Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Wordt niet binnen redelijke termijn aan een zodanige uitspraak voldaan, dan herkrijgt de benadeelde zijn bevoegdheid om schadevergoeding in geld te verlangen."

279 De bijna vanzelfsprekende oplossing van het Belgische en Franse recht wordt niet verstoord door enig, daar tegen ingaand wettelijk voorschrift, zoals dit betreffende de schadeloosstelling uit overeenkomst het geval is.

Er kon immers reeds vastgesteld worden dat de voorschriften waardoor deze laatste schadevergoeding beheerst wordt, ter zake geen toepassing vinden (zie boven, nr. 222 e.v.). Een herstel in specifieke vorm is evenwel daar ook niet helemaal uitgesloten (zie de art. 1143 en 1144 B.W.; over het aanwenden van herstel in andere vorm ter zake van wanprestatie, zie o.m. PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 822, blz. 127; ASSER/LOSECAAT/VERMEER, *Verbintenissenrecht*, I, blz. 187).

Evenmin kan hier beroep gedaan worden op het principe van de geldelijke vergoeding ter zake van onteigening, vermits zij daar enkel en alleen uit de verplichting voortspruit om een voorafgaandelijke vergoeding te verschaffen, evenals uit de te volgen bijzondere rechtspleging, nl. de consignatie van de vergoeding (zie: *Rép.P.Dr.B.*, *Expropriation pour cause d'utilité publique*, nr. 546 e.v.).

280 In een overigens zeer voortreffelijk proefschrift werd echter in 1933 de stelling verdedigd, volgens welke artikel 1382 B.W. alleen een geldelijke schadeloosstelling zou toelaten (L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle)*. De betwisting dient evenwel niet grondig hernomen te worden. Terecht werd opgemerkt dat het hier immers over een bijna louter theoretische bespiegeling gaat, een woordenstrijd die slechts uitzonderlijk gehoor vond, terwijl de Franse auteurs uitdrukkelijk stelling hebben genomen in het debat, en de door L. RIPERT gehuldigde stellingen op afdoende wijze weerlegd hebben (E. HENUSSE, *De la réparation des accidents de droit commun*, blz. 9-10; RODIÈRE, nr. 1656, blz. 274 e.v.).

281 De meer dan een eeuw oude praktijk toont echter aan dat de geldelijke schadeloosstelling praktisch de regel geworden is. Deze is immers de eenvoudigste

gebleven, waardoor werkelijk en onmiddellijk, door een eenvoudige prestatie, nl. de betaling van een som geld, een einde aan de betwisting gesteld wordt en waardoor de partijen „van elkander geraken" (ASSER/LOSECAAT/VERMEER, *Verbintenissenrecht,* I, blz. 188; *vgl.* de toepassing van hetzelfde principe dat de partijen dank zij het vonnis uit elkander moeten geraken: Rb. Gent, 4 juni 1953, *R.W.*, 1953-54, 584: omzetting van de specifieke last van een schenking in een geldelijke uitkering).

Een schadeloosstelling in specifieke vorm zal in vele gevallen, zoniet onmogelijk, dan toch onvoldoende zijn en zou derhalve door een geldelijke veroordeling moeten aangevuld worden. Inderdaad, in de zeldzame gevallen waar het over schade aan vervangbare zaken gaat, zal bovendien nog genotsderving of verhinderde winst in geld dienen vergoed te worden.

§ 3. De schadeloosstelling, in specifieke vorm of niet, moet volledig zijn

282 Vóór alles geldt als regel dat de schadeloosstelling volledig moet zijn.

De subsidiaire regels gelden immers slechts in zover zij aan deze hoofdregel zijn volle draagwijdte geven (zie boven, nr. 234).

Het herstel ware aldus gebeurlijk onvolledig door de loutere teruggave, waar schade veroorzaakt werd door ontvreemding van een goed, b.v. door diefstal of heling. Naast de teruggave of de vergoeding van de tegenwaarde, zal bovendien schadeloosstelling verschuldigd zijn voor de mogelijke overige verliezen (genotsderving, verlies van vruchten e.d.m.).

Aldus oordeelde het Hof van Cassatie dat het beslag op, en de teruggave van geheelde voorwerpen de mogelijkheid niet uitsluit van schade, door de heling veroorzaakt.

Het arrest dat vaststelde dat de geheelde voorwerpen teruggegeven werden, en dat de burgerlijke partij derhalve geen schade geleden had, was dan ook niet voldoende gemotiveerd. Zodoende immers liet de feitenrechter onzekerheid bestaan nopens de kwestie of hij oordeelde dat de teruggave in alle gevallen de mogelijkheid van schade uitsloot, ofwel, dat in het welbepaalde geschil door de burgerlijke partij geen schade geleden werd, dank zij deze teruggave (Cass., 6 april 1949, *Pas.*, 1949, I, 259; zie Tw. *Heling,* nr. 155).

283 Ofschoon de teruggave wezenlijk deel uitmaakt van de schadeloosstelling, en meer bepaald reeds een gedeeltelijke vergoeding is, dient in andere opzichten tussen teruggave en schadeloosstelling een onderscheid gemaakt te worden.

Aldus zal b.v. de teruggave ambtshalve mogen bevolen worden door de strafrechter, zonder dat de benadeelde zich burgerlijke partij dient te stellen, terwijl de burgerlijke partijstelling onontbeerlijk is om schadeloosstelling te vorderen en toe te wijzen. De teruggave kan zelfs in geval van vrijspraak van de verdachte op strafgebied bevolen worden (GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge,* tweede druk, *ad* art. 44-45, nr. 319, blz. 79 e.v.; NYPELS/SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété,* derde druk, *ad* art. 44-45, blz. 156, voetnoot 1; zie ook *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Forêt,* 918-921, over de restitutie luidens art. 171 Boswetboek).

284 Behoudens deze verschillende behandeling op het gebied van de strafvordering, hoort de teruggave, zoals ze in het strafrecht ruim begrepen is, tot de schade-

loosstelling (zie de opsomming in NYPELS/SERVAIS, *ad* art. 44-45, blz. 157; GOEDSEELS, nr. 321, blz. 80; J.M. POUPART, *Du caractère mixte de certaines décisions prononcées par les juridictions répressives, R.Dr.Pén.*, 1952-53, blz. 523 e.v., meer bepaald, blz. 534 e.v.).

Zij is er een in specifieke vorm, een herstel *in natura,* in de juiste betekenis van het woord.

Steeds echter zal dienen nagegaan te worden of zij wel voldoende is en niet dient aangevuld te worden tot volledige vergoeding der schade (Cass., 6 april 1949, *Pas.*, 1949, I, 259).

Onder het regime van de Besluitwet van 2 december 1946 (opgeheven bij art. 72 van de Wet van 29 maart 1962) bestond de betwisting of de gemeente bevoegd was om de afbraak te vorderen van een gebouw dat in strijd met de voorschriften inzake stedenaanleg was opgetrokken (zie b.v. Brussel, 24 okt. 1952, *R.W.*, 1952-53, 546; Gent, 23 mei 1955, *R.W.*, 1955-56, 1620).

Art. 65 van de Wet van 29 maart 1962 (stedebouw), gewijzigd bij Wet van 22 december 1970 voorziet drie vormen van herstel: herstel in de vorige staat — aanpassingswerken — geldsom.

De derde benadeelde kan eventueel samen met de bevoegde Administratie, of zelfs afzonderlijk, optreden wegens inbreuken op de voorschriften inzake stedenaanleg.

Zijn rechten worden, ingeval van rechtstreeks herstel, echter beperkt tot de wijze gekozen, door de bevoegde overheid. Daarnaast kan de derde benadeelde schadeloosstelling eisen voor de schade geleden ingevolge het onrechtmatig bouwen of verkavelen (art. 67, Wet 29 maart 1962; *Gedr.St., Senaat,* 559, [1968-69], blz. 50; Rb. Kortrijk, 26 febr. 1970, *R.W.*, 1972-73, 866; Rb. Turnhout, 23 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1456 met noot L.P.S.).

Hij kan slechts een herstel in de vorige staat vorderen, indien de administratie naliet één van de drie vormen van herstel te vragen (*Gedr.St., Senaat,* 525, [1969-70], blz. 66; Brussel, 15 jan. 1975, *R.W.*, 1974-75, 2137; noot onder Rb. Turnhout, 23 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1461).

Het herstel van de plaats in de vorige staat is voor de derde benadeelde een vorm van schadeloosstelling in natura. Toch zal het herstel in specifieke vorm moeten ruimen voor een geldelijke vergoeding, wanneer de werken uitgevoerd werden met een — zelfs laattijdige — vergunning (Brussel, 27 dec. 1972, *R.W.*, 1972-73, 1580).

Ook werd geoordeeld dat de sluiting van een gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke onderneming geen inbreuk uitmaakt op het beslissingsrecht van de administratieve overheid, die in casu geen toelating verstrekte

„overwegende dat de rechtbank vrij is om in elk geval een herstel in specifieke vorm te bevelen of ten uitvoer te doen leggen" (Corr. Tongeren, 16 jan. 1969, *R.W.*, 1969-70, 87).

285 Aan de andere kant zou, — tenzij het slachtoffer hiertegen een rechtmatig belang zou kunnen laten gelden, waarover verder, nr. 293, — het aanbod om de zaak zelf terug te geven niet kunnen van de hand gewezen worden indien deze teruggave de schade volledig herstelt (zie b.v.: Brussel, 29 juni 1904, *Pas.*, 1950, II, 17).

Ter zake had de aangesprokene aangeboden de titels die hij, als pandhouder, vervreemd had, en nadien opnieuw aankocht, terug te geven, mits betaling van de hem verschuldigde hoofdsom en interesten.

§ 4. Gevallen waarin schadeloosstelling in specifieke vorm onmogelijk is

286 Schadeloosstelling in specifieke vorm kan in menig geval onmogelijk blijken, hetzij voor de benadeelde, hetzij voor de aangesprokene.

287 Voor de benadeelde vooreerst, wegens materiële onmogelijkheid wanneer het over onvervangbare waarden gaat, b.v. na aantasting van lijf en leven.

De onbekwaamheid tot arbeid b.v. zal, bij gebrek aan beter, in geld moeten hersteld worden.

Hetgeen hier volstrekt uit de aard der zaak uitgesloten wordt is het eigenlijke herstel *in natura*: een nieuw lidmaat kan niet gegeven worden aan het kreupele slachtoffer.

Het geldelijke herstel kan echter zeer verschillende vormen aannemen. Het kan toegewezen worden onder de vorm van een kapitaal of van een rente; of nog b.v., kan het slachtoffer gemachtigd worden zich aan een bepaalde heelkundige behandeling te onderwerpen en de kosten ervan op vertoon van de kwijtschriften tegen de aansprakelijke te verhalen (zie verder, nr. 481).

Vervolgens zijn voor de benadeelde gevallen van morele onmogelijkheid van herstel in specifieke vorm, die verder zullen besproken worden (zie verder, nr. 293).

288 Belangrijker is de onmogelijkheid van sommige vormen van herstel door de aangesprokene.

De regel *nemo potest praecise cogi ad factum* vindt hier, evenzeer als bij de aansprakelijkheid uit overeenkomst, toepassing, in die zin dat niemand in zijn persoon kan gedwongen worden tot uitvoering van een persoonlijke prestatie, met inzet van zijn zedelijke of geestelijke vermogens, of opheffing van zijn persoonlijke vrijheid.

Het algemene principe dat aan artikel 1142 B.W. ten grondslag ligt, geldt voor alle veroordelingen (zie over dit verbod de commentaren over art. 1142 B.W., en verder: MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2311 e.v., blz. 626 e.v.; DEMOGUE, V, nr. 490, blz. 163; SAVATIER, II, nr. 597, blz. 184; DE PAGE, II, nr. 1026, blz. 1068; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 223, blz. 544 e.v.; LALOU, nr. 95, blz. 49).

Dit betekent evenwel geenszins dat de aangesprokene niet zou kunnen veroordeeld worden tot een persoonlijke prestatie, b.v. om iets af te breken. De gedwongen tenuitvoerlegging alleen wordt door het principe verhinderd. De rechter kan bevelen geven, die echter, bij niet uitvoering door de schuldenaar, zullen vervangen worden door een geldelijke schadeloosstelling (zie: L. BALLEYDIER, noot onder Cass.fr. (Req.), 29 maart 1926, *Rec. Sirey*, 1926, I, 209).

In het Duitse recht wordt opgemerkt dat één welbepaalde veroordeling niet kan gevorderd worden, nl. om een huwelijk aan te gaan na verbreking van verloving of verleiding (§ 1927, eerste lid, B.G.B.; § 888, tweede lid, Z.P.O. en § 894, tweede lid, Z.P.O.).

Hetzelfde geldt naar Belgisch recht, krachtens het principe van vrijheid van huwelijk waarop in geen geval, ook niet op onrechtstreekse wijze, inbreuk mag gemaakt worden (zie hierover: Tw. *Verloving*, nr. 13, 17 en 30).

Buiten dit geval zal de rechter steeds mogen veroordelen tot doen, maar deze hoofdveroordeling is niet vatbaar voor tenuitvoerlegging (*vgl.* E. WOLFF, *Bürgerliches Recht und Prozessrecht in Wechselwirkung*, Tübingen (1952), blz. 12 e.v.).

Zeer juist wordt door WOLFF opgemerkt dat in deze gevallen van hoogst persoonlijke aangelegenheden, het materiële recht de aanspraak erkent, en dat het procesrecht toelaat dat ze in een vonnis zou vervuld worden, maar het verhindert de tenuitvoerlegging van dit vonnis (WOLFF, blz. 14).

Er kan dan ook terecht opgemerkt worden dat de formulering van artikel 1142 B.W. onnauwkeurig is, waar het voorschrijft dat, bij niet uitvoering, de verbintenis tot doen opgelost wordt in schadeloosstelling (PLANIOL, *Traité élémentaire*, vierde druk, door RIPERT/BOULANGER, II, nr. 1641, blz. 551 e.v.). Wanneer de schuldenaar zijn verbintenis tot doen niet nakomt, kan hij daartoe veroordeeld worden.

De gedwongen tenuitvoerlegging alleen is onmogelijk, en wordt door schadeloosstelling vervangen.

De schuldenaar beschikt geenszins over de keuze tussen het nakomen van een verbintenis tot doen en geldelijke schadeloosstelling (DEMOGUE, VI, nr. 140, blz. 146). Dit geldt niet alleen voor de verbintenis uit overeenkomst, maar ook voor de verbintenis uit onrechtmatige daad tot vergoeding van schade, die, nu zij primair in specifieke vorm moet geschieden (boven, nr. 278 e.v.), desgevallend in een persoonlijke prestatie kan bestaan.

Praktisch zal de rechter dus steeds in hoofdorde een verbintenis tot doen mogen erkennen en de uitvoering ervan bevelen, maar hij zal de aansprakelijke veroordelen tot een geldelijke schadeloosstelling, in geval de veroordeelde in gebreke zou blijven daaraan te voldoen.

Bij het onderzoek omtrent de herstelbaarheid en het herstel van de schade die geen vermogensschade is, zal deze regel toegepast worden om het gedwongen persoonlijk eerherstel uit te sluiten, nl. ter zake van belediging of eerroof (zie verder, nr. 681).

§ 5. Beoordelingsmacht van de rechter ten aanzien van de vorm van de schadeloosstelling

289 Onder voorbehoud van de zoëven besproken dubbele beperking van de mogelijkheid om in elk geval een herstel in specifieke vorm te bevelen of ten uitvoer te doen leggen, blijft de rechter in principe vrij, — nu de wet hem niets voorschrijft, — om het best passend herstel te kiezen (DE PAGE, II, nr. 1024, blz. 1066; DALCQ, T. II, nr. 4156; SAVATIER, II, nr. 597, blz. 183; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*, II, nr. 511, blz. 558; Rb. Antw., 10 nov. 1948, *R.G.A.R.*, 1949, 4455; Rb. Turnhout, 16 febr. 1967, *R.W.*, 1966-67, 1619; Luik, 7 mei 1969, *J. Liège*, 1969-70, 113).

Het Hof van Cassatie heeft herhaaldelijk beklemtoond dat de feitenrechter soeverein over de schadeloosstelling beschikt. Dit geldt eerst en vooral ten aanzien van de vorm.

Deze vrijheid is vanzelfsprekend onderworpen aan de verplichting tot motiveren; de rechter moet derhalve met de besluiten van eis en verweer ten aanzien van de vorm van het herstel rekening houdend (*vgl.* de samenvatting van de rechtspraak van het Hof, onder Cass., 15 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 652. Deze uitspraak ten aanzien van het bedrag geldt evenzeer ten aanzien van de vorm van de schadeloosstelling (Cass., 29 jan. 1973, *Arr.Cass.*, 1974, 544; *R.G.A.R.*, 1974, 9310).

Ook in Frankrijk wordt deze vrijheid van de feitenrechter erkend (Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45; Cass.fr., 20 maart 1952, *Rec.Dall.*, 1952, J. 342).

290 Welke zal dan de houding van de rechter zijn ten aanzien van eis en verweer betreffende de vorm van het herstel?

Vermits het herstel primair in specifieke vorm, d.w.z. aan de aard van de schade

aangepaste vorm, dient te geschieden, heeft de benadeelde ongetwijfeld het recht een schadeloosstelling in specifieke vorm te eisen. Evenwel zal de rechter dit mogen weigeren, mits zijn beslissing dienaangaande gemotiveerd zij.

De rechter mag zelfs ambtshalve de aard van de gevorderde schadeloosstelling wijzigen.

Waar een geldelijk herstel gevorderd wordt, kan hij een beter passend herstel in specfieke vorm bevelen en omgekeerd.

Dit wijzigt niets aan het voorwerp van eis en verweer. De vordering strekt immers tot schadeloosstelling en de rechter kiest de meest aangepaste (DEMOGUE, IV, nr. 494*bis*, blz. 167 e.v.; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2103, blz. 319; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 682, blz. 922; LALOU, nr. 88, blz. 48).

Ook de partijen blijven vrij ten aanzien van hun eigen eisen of besluiten.

Tijdens het geding, ook na beroep, mag de benadeelde ten aanzien van de vorm van de gevorderde veroordeling, zijn eis wijzigen; dit is immers geen nieuwe eis (*Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 458; DALCQ, II, nr. 4158; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2306, noot 5, blz. 622).

Afgezien van de verschillende specifieke vormen van herstel wordt echter wel eens beweerd dat, waar de eiser een herstel *in natura* vordert, de rechter dit noodzakeijk zou moeten toestaan (PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 223, blz. 544 e.v.; MAZEAUD/TUNC, nr. 2306, blz. 621-622). Men houdt ook voor dat de rechter dit zou moeten doen, wanneer de verweerder het aanbiedt (MAZEAUD/TUNC, *t.a.p.* M.a.w. als het slachtoffer het vordert of de verweerder het aanbiedt zou de rechter het herstel *in natura* moeten bevelen.

Deze absolute stelling blijkt op geen enkele grondslag te berusten. De rechter is er immers slechts toe gehouden een juist passend herstel te bevelen (zie boven, nr. 278), over de aard ervan beslist hij vrij (*vgl.* Kh. Kortrijk, 5 nov. 1949, *R.W.*, 1950-51, 726; Luik, 7 mei 1969, *J. Liège*, 1969-70, 113).

Hij dient dan ook slechts te streven naar een zo goed mogelijk herstel, hierin geleid door de vergelijkende belangenwaardering van de belangen der partijen, mits redelijke voorkeur aan die van de benadeelde (zie boven, nr. 235 e.v.).

Men zal op dit gebied in het Duitse en Italiaanse Wetboek (B.G.B., § 251; C.civ.it., art. 2058) een goede richtlijn vinden (zie boven, nr. 277; *vgl.* Brussel, 6 juli 1950, *R.G.A.R.*, 1951, 4786).

291 Aldus zou de rechter een schadeloosstelling in specifieke vorm kunnen weigeren, wanneer zij al te zwaar zou wegen op de aangesprokene, terwijl de benadeelde degelijk schadeloos gesteld zou zijn door een geldelijke vergoeding, en hij derhalve geen enkel rechtmatig belang zou kunnen laten gelden dat opweegt tegen de bevrijding van zijn schuldenaar op minder zware wijze (*vgl.* Cass., 10 sept. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 31; *Pas.*, 1972, 28 met uitgebreide noot i.v.m. rechtsmisbruik; Cass., 26 juni 1980, *Arr.Cass.*, 1980-81, 1269, *Pas.*, 1980, I, 1345; *R.Crit.J.B.*, 1983, 173 met noot F. DELPÉRÉE, *La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration; J.T.*, 1980, 707; Gent, 20 nov. 1950, *R.Crit.J.B.*, 1953, met noot DE BERSAQUES; Rb. Nijvel, 29 april 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10.636).

Ook zal de rechter aan een geldelijk herstel de voorkeur kunnen geven wanneer een andere vorm tot al te talrijke betwistingen of latere nieuwe geschillen zou kunnen aanleiding geven (Brussel, 6 juli 1950, *R.G.A.R.*, 1951, 4786; zie ook DE PAGE, II, 1964, nr. 1026, B, blz. 1068-1069). De moeilijkheid van de rechtspleging mag echter in de regel niet bepalend zijn. De rechtbank kan immers o.m. een deskundige aanduiden om de door de aangesprokene uit te voeren werken voor te schrijven en na te gaan (Rb. Gent, 23 febr. 1870, *Belg.Jud.*, 1870, 1277; *vgl.* Douai, 17 okt. 1950, *Rec. Sirey*, 1950, *Chr.*, blz. 11).

292 Zou echter niet vooropgesteld mogen worden, zoals in het tweede lid van §249 B.G.B. bepaald is, dat de aanspraakgerechtigde steeds een geldelijk herstel kan vorderen?

Deze oplossing zou juist zijn in die zin dat de benadeelde in geen enkel opzicht tot herbelegging verplicht is; hij mag immers, nu geen enkele tekst hem de herbelegging oplegt, vrij aan de toe te wijzen schadeloosstelling de bestemming geven die hij verkiest (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2510, blz. 915; *vgl.* ASSER/RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, II, blz. 524).

Wanneer de benadeelde partij geen ernstig belang kan aantonen om het aangeboden passende herstel te weigeren, zal zij er toe genoopt moeten worden dit te aanvaarden (Rb. Gent, 23 febr. 1870, *Belg.Jud.*, 1870, 1277; *vgl.* Cass., 10 sept. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 31 met noot).

Deze principes gelden zowel voor de vermogensschade als voor de schade die geen vermogensschade is.

In die zin is b.v. het vrijwillig eerherstel, gedaan door de aangesprokene ter zake van eerkrenking, *in mindering* te brengen van de geldelijke genoegdoening of zelfs van de schadeloosstelling voor vermogensschade, indien het eerherstel of de herroeping van de eerkrenkende berichtgeving even openbaar gedaan werd. De aanspraakgerechtigde kan zich immers niet op een rechtmatig belang beroepen om de minder passende geldelijke schadeloosstelling of genoegdoening te verkiezen boven het aangeboden of verschafte passende herstel. In die zin bepaalt artikel 1410 Ned. B.W. uitdrukkelijk dat met de verontschuldigingen door de aangesprokene ter zake van eerroof aangeboden, in de begroting van de schadeloosstelling dient rekening gehouden te worden. Dit zal het geval kunnen zijn wanneer, na schadelijke berichtgeving, in hetzelfde dagblad, kort daarop een duidelijke en rechtzinnige terechtzetting gepubliceerd wordt (POIRIER, *Code de la presse et de l'imprimerie*, blz. 462, 699).

293 Integendeel zal de benadeelde steeds het aangeboden herstel in specifieke vorm mogen weigeren, indien hij daartoe een rechtmatig belang heeft dat tegen het strijdige belang van de aansprakelijke opweegt.

Dit is b.v. het geval, terwille van de persoonlijke vrijheid in hoofde van de eiser ditmaal, wanneer de aangesprokene aan het gedeeltelijk werkonbekwame slachtoffer aanbiedt hem een werk te verschaffen waar het hetzelfde loon zal blijven verdienen.

Dit werd ten tijde van de staatsspoorweg, meer dan eens door de staat aangeboden, doch steeds door de rechtbanken verworpen (*Pand.B.*, *Préjudice*, nr. 521 e.v.).

Bij aanspraak op schadeloosstelling na verbreking van verloving of wegens bedrieglijke verleiding, zal de achtergelatene verloofde evenzeer steeds het aanbod om het huwelijk aan te gaan mogen afwijzen,

ofschoon dit het best passend herstel kan uitmaken (zie Tw. *Verloving*, nr. 57; zelfde principe, wat de extrapatrimoniale schade betreft, zie verder, nr. 682).

Het door de aangesprokene aangeboden herstel *in natura* in de eigenlijke zin, d.i. de vervanging van de beschadigde zaak door een gelijkaardige, b.v. een auto in vervanging van een andere, zal in de regel door de aanspraakgerechtigde mogen verworpen worden. De schattingen en bestekken van deskundigen benaderen immers op voldoende zekere wijze de werkelijkheid van een passend herstel, hetgeen niet altijd het geval zou zijn bij een door de aangesprokene verschaft herstel *in natura* (*vgl.* Brussel, 12 jan. 1935, *R.G.A.R.*, 1935, 1837 en 1747).

Bij de behandeling van de zakenschade zal het in de praktijk, vaak voorkomende, grensgeval besproken worden, waar de herstelkosten van een beschadigde wagen groter zijn dan de verkoopswaarde van de auto vóór het ongeval. De vraag zal er nl. opgelost worden ten aanzien van het hier aanvaarde principe: heeft de benadeelde er een rechtmatig belang bij die schadeloosstelling te eisen, die tevens zwaarder valt voor de aangesprokene, en, ogenschijnlijk althans, een vermogensvermeerdering voor de benadeelde meebrengt (zie verder, nr. 1248 e.v.)?

Hetzelfde principe, volgens hetwelk bij de keuze van de herstelvorm voorrang dient verleend te worden aan de belangen van het slachtoffer, wordt ook toegepast wanneer de rechter tot schadeloosstelling veroordeelt onder de vorm van een kapitaal in plaats van een rente.

Verder wordt uitvoeriger aangetoond hoe de *Kapitalsabhandlung* in menig opzicht voor de benadeelde voordeliger kan zijn, al is het slechts tot voorkomen van een renteneurose, in hoofde van de aanspraakgerechtigde, en van het toekomstige onvermogen van de aansprakelijke (zie verder, nr. 935 e.v.).

De vaststelling van dit mogelijke voordeel voor de aanspraakgerechtigde heeft er sommigen toe geleid voor te stellen, dat dit voordeel zou moeten toegerekend worden door een aftrek van een bepaald percent van de gekapitaliseerde rente.

Zoals verder zal blijken kan dit voordeel echter niet toegerekend worden op de schadeloosstelling. Inderdaad de solvabiliteit van de aansprakelijke is geen toerekenbaar voordeel. De zwaardere last die voor de aansprakelijke voortspruit uit de onmiddellijke betaling van een kapitaal in plaats van een rente, is een toepassing van de abstracte belangenwaardering, die leidde tot de voorkeur van de belangen van het slachtoffer (zie boven, nr. 235 e.v.), terwijl, bij onderstelling, de kapitalisatie — nl. door de wiskundige bewerking van het disconteren — bij onderstelling de juist passende rente tot de juist passende aankoopsom daarvan herleid heeft.

§ 6. Samenvatting van de regel

294 Met inachtneming van de eerbied voor de persoonlijke vrijheid, ten minste wat de gedwongen tenuitvoerlegging betreft, en mits beantwoording van de besluiten van eis en verweer, bepaalt de rechter soeverein, daarin, ten aanzien van een geldelijke veroordeling alleen gebonden door het bedrag van de eis, na vergelijkende waardering van de belangen der partijen, en mits voorrang aan deze van de benadeelde, de aard en de omvang van de schadeloosstelling, derwijze dat deze zo mogelijk een juist passend herstel uitmaakt (*vgl.* met de formulering van het principe in Cass.fr., 20 maart 1952, *Rec.Dall.*, 1952, blz. 342 en 413; *Rec. Sirey*, 1952, I, 187; H.R., 21 mei 1943, *N.J.*, 1943, nr. 455, met conclusie BERGER; Cass., 15 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 652, met noot; Cass., 10 sept. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 31 met de conclusie van GANSHOF VAN DER MEERSCH; *vgl.* ook art. 47 O.R.).

Ook in Nederland staat het de eiser vrij een herstel in natura dan wel een geldelijke schadeloosstelling te vorderen.

Toch blijkt de geldelijke vorm de normale wijze van vergoeden te zijn. Deze strekking vindt een bevestiging in art. 6.1.9.9 van het ontwerp B.W.: „Schadevergoeding wordt voldaan in geld. Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Wordt niet binnen redelijke termijn aan een zodanige uitspraak voldaan, dan herkrijgt de benadeelde zijn bevoegdheid om schadevergoeding in geld te verlangen."

AFDELING II

TOEPASSINGEN

§ 1. Vervulling van een redelijke verwachting als schadeloosstelling in specifieke vorm

295 Op grond van hetzelfde beginsel als hetgene dat aan artikel 1382 B.W. ten grondslag ligt, voorziet het B.W. een herstel in specifieke vorm in artikel 1167 B.W., waarin de *actio pauliana* bleef voortleven.

De n i e t i g h e i d van de bedrieglijke handeling is een herstel in specifieke vorm, nl. het meest aangepaste, volgens de aard van de door de schuldeiser geleden schade (DE PAGE, III, nr. 208, blz. 227; nr. 249, blz. 255; vooral nr. 252, blz. 257 e.v.; LALOU, nr. 706, blz. 429; SAVATIER, II, nr. 600, blz. 186; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht,* 1969, I, nr. 129, blz. 406; WOLFSBERGEN, blz. 194; *vgl.* Rb. Antwerpen, 13 dec. 1951, *J.T.*, 1952, 352).

296 Omgekeerd zou de g e l d i g h e i d van een nietige of vernietigbare handeling een herstel in specifieke vorm uitmaken, wanneer een onbekwame, met aanwending van bedrieglijke drijverijen waardoor hij zich als bekwaam deed doorgaan, zijn medecontractant heeft beetgenomen, b.v., de minderjarige, die zich voor meerderjarig uitgaf.

Mits dit meer is dan een loutere bevestiging dat hij bekwaam was (zie art. 1307 B.W.), zullen zij de schadelijke gevolgen van de schijn die zij bedrieglijk teweeg brachten, moeten vergoeden.

De rechtsgeldigheid zou een schadeloosstelling in specifieke vorm zijn voor de schade die zij door hun onrechtmatige daad, hun bedrog, veroorzaakten (zie hierover: PLANIOL/RIPERT, I, nr. 296, blz. 346; PLANIOL/RIPERT, II, nr. 422, blz. 341; SAVATIER, II, nr. 599, blz. 185; JOSSERAND, II, nr. 99, blz. 46; DEMOGUE, II, nr. 698, blz. 428 e.v.; DE PAGE, I, nr. 82, blz. 100; H. BOONEN, *De rechtsschijn, R.W.*, 1950-51, 288 e.v.).

Op dezelfde principes steunt de algemeen geldende opvatting volgens welke de schade die door de derden geleden wordt tengevolge van het niet bekend maken ter griffie van de huwelijksvoorwaarde van handelaars, in specifieke vorm hersteld wordt door de niet tegenstelbaarheid van hun huwelijksvoorwaarden, die afwijken van het wettelijk stelsel (zie Tw. *Huwelijksvermogensstelsels (Het huwelijkscontract),* nr. 228, 230 en 231).

Hierbij kan opgemerkt worden dat slechts de *negative Interesse* voor vergoeding in aanmerking komt, d.w.z. de schade die de benadeelde niet zou geleden hebben wanneer de onrechtmatige schijn of het onrechtmatig vertrouwen niet verwekt ware, geenszins al de voordelen die een geldige overeenkomst of rechtshandeling ten gevolge zouden gehad hebben.

Men noemt dit zeer treffend *Vertrauensschaden* (VON THUR, I, § 12, IV, blz. 71) of *Erfüllungsinteresse* (ENNECCERUS-LEHMANN, § 14, VI, blz. 59).

De *negative Interesse* is niet hetgeen de benadeelde mist doordat de rechtshandeling niet geldig was, maar de schade die hij niet geleden zou hebben, moest de aangesprokene aldus niet opgetreden zijn, b.v. geen aanbod of belofte gedaan hebben. Men staat hier immers buiten het gebied der geldige overeenkomst (zie over de beperking van de schadeloosstelling tot de *negative Interesse:* DEMOGUE, II, nr. 490, blz. 42; Tw. *Verloving,* nr. 53).

297 Van dezelfde aard is het herstel in specifieke vorm ten laste van het ongehuwde koppel dat zich als wettelijk echtpaar voordoet; zij zullen de gevolgen dragen van de schijn die zij onrechtmatig verwekten, en de minnaar zal telkens verbonden zijn waar een gehuwd man het zou zijn, o.m. tot betaling van de schulden door zijn bijzit gemaakt.

Meestal worden de rechten van de schuldeisers veilig gesteld door toepassing van de vertrouwensleer, welke haar grondslag vindt in het beginsel van de goede trouw en de rechtszekerheid. In subsidiaire orde kan beroep gedaan worden op de stilzwijgende lastgeving (zie H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat,* 1971, nr. 126 e.v., blz. 235 e.v.; *Rép.P.Dr.B.,* Tw. *Concubinage,* nr. 4 e.v.; H. BOONEN, *De rechtsschijn, R.W.,* 1950-51, 306; DE PAGE, III, nr. 335*bis,* blz. 327).

298 In het algemeen zal de best passende schadeloosstelling in specifieke vorm in geval van rechtsmisbruik door de aard der schade zelf aangeduid worden (*vgl.* DEMOGUE, IV, nr. 664, blz. 551 e.v.).

Aldus b.v. werd geoordeeld dat bij misbruik van het recht van opzegging, de beste schadeloosstelling bestaat in het verlenen door de rechtbank van een lang uitstel tot verhuizen (Rb. Antwerpen, 10 nov. 1948, *R.G.A.R.,* 1949, 4455).

Zo ook zal bij onrechtmatig stilzwijgen, de beste schadeloosstelling geboden zijn door de erkenning van een toestemming (DEMOGUE, I, nr. 187, blz. 301).

299 De regel die aan deze verschillende toepassingen ten grondslag ligt, kan als volgt samengevat worden.

Telkens wanneer een redelijke verwachting op onrechtmatige wijze bedrogen is, wordt de hieruit ontstane schade op de meest passende wijze hersteld door de vervulling van deze verwachting (*vgl.* DEMOGUE, I, nr. 37*ter,* blz. 101; R. POPESCO-RAMNICEANO, *Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit, R.Trim.Dr.Civ.,* 1930, blz. 1008 e.v.).

§ 2. Publikaties

300 Bij de behandeling van de schadeloosstelling na aanranding van eer en goede naam zal de schadeloosstelling onder de vorm van alle soorten publikaties uitvoeriger besproken worden (zie verder, nr. 1216 e.v.).

Hier dient reeds opgemerkt te worden dat aanranding van eer en goede naam ook vermogensschade kan veroorzaken, en dat deze gebeurlijk ook in een aangepaste vorm kan hersteld worden door publikaties.

Dit kan het geval zijn ter zake van onrechtmatige mededinging, mits de betrokken kring breed genoeg is (M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, 1963, II, nr. 1062 e.v., blz. 401 e.v.; Kh. Brussel, 1 juli 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3456).

De publikatie van de uitspraak kan bevolen worden tot herstel van de schade geleden ten gevolge van het door de verdachte gepleegde bedrog van de koper omtrent de aard en oorsprong van de verkochte zaak (Gent, 4de K., 3 juli 1951, i.z. O.M. en P.V.B.A. T. t./ L., waartegen de voorziening in Cassatie verworpen werd door arrest van 15 okt. 1951, *Pas.*, 1952, I, 77).

Hetzelfde werd ook gedaan naar aanleiding van inbreuk op een octrooi (Rb. Brussel, 5 juli 1950, *Ing. Cons.*, 1950, 221; zie Tw. *Octrooien*, nr. 469), krenking van beroepsfaam (Rb. Luik, 4 mei 1950, *J.T.*, 1950, 394: onrechtmatig optreden door de tuchtkamer t.a. van een deurwaarder).

301 Het Franse Hof van Cassatie heeft aan deze ruime regeling zeer terecht een belangrijke beperking gebracht, die volgt uit de regel dat de schadeloosstelling het bedrag der schade niet mag overtreffen.

Er werd geoordeeld dat de feitenrechter er toe verplicht is in zijn vonnis de modaliteiten te bepalen van de publiciteitsmaatregel die hij tot schadeloosstelling, op soevereine wijze, mag bevelen „... l'indemnité, sous quelque forme qu'elle soit allouée, doit-être représentative du strict dommage causé à la victime qui ne doit trouver ni perte ni profit dans la décision qui lui accorde réparation".

Door de tijd niet te bepalen, gedurende welke het vonnis zal aangeplakt worden tot schadeloosstelling, heeft de feitenrechter niet verantwoord dat hij de schadeloosstelling aan de schade heeft aangepast; het arrest wordt dan ook verbroken wat de bevolen publiciteitsmaatregel betreft (Cass.fr., 18 dec. 1952, *Rec. Sirey*, 1953, J, 109, met noot M.R.M.P.).

Voor elke publiciteitsmaatregel als schadeloosstelling bevolen, moet de rechter derhalve steeds de omstandigheden van tijd en plaats bepalen (*vgl. Nov., Droits Intellectuels, De la contrefaçon*, nr. 370).

Voor de verdere modaliteiten van deze veroordeling zij verwezen naar de behandeling van de extrapatrimoniale schade door aanranding van eer en goede naam.

Naar gelang van de schade kunnen zeer verscheidene wijzen van bekendmaking aangewend worden, zowel de pers, de radio, de film, de televisie, als de aanplakking (zie verder, nr. 216 e.v.).

§ 3. Bevel of verbod

A. PRINCIPE

302 Onder voorbehoud van de eerbied voor de persoonlijke vrijheid van de aangesprokene, zoals dit reeds nader omschreven werd (zie boven, nr. 288), zal de rechter ook elk passend bevel of verbod kunnen uitvaardigen. Het kan strekken tot het stopzetten van reeds ingetreden voortdurende schade, of tot het voorkomen van toekomstige schade.

Bij de bespreking van het vraagstuk van de toekomstige schade, en meer bepaald van de dreigende schade werd van uit het standpunt van de schade de vraag reeds onderzocht of tot het voorkomen van dreigende schade, op grond van artikel 1382 B.W., maatregelen tot voorkoming kunnen gevorderd worden. Deze vraag mocht bevestigend beantwoord worden (zie boven, nr. 119 e.v.).

De mogelijkheid en de modaliteiten van het rechterlijk bevel of verbod dienen nu even van naderbij onderzocht te worden.

Wat het principe betreft is de oplossing heel eenvoudig: de feitenrechter oordeelt soeverein welke de meest aangepaste vorm van schadeloosstelling is en hij kan hem aan de aansprakelijke opleggen.

Ten aanzien van een verbod, of bevel om op te houden bestaat geen enkele moeilijkheid (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2307, blz.623; DEMOGUE, IV, nr. 496, blz. 168 e.v., DALCQ, II, nr. 4159; DRION, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 203 e.v.; Vred. Brussel, 20 mei 1981, *R.W.*, 1981-82, 696).

De rechter is immers geen private scheidsrechter die zijn macht van de partijen krijgt, maar een overheidsorgaan bekleed met het nodige gezag tot het beslechten van geschillen die voor hem op geldige wijze aanhangig gemaakt zijn.

Indien terecht kan opgemerkt worden dat het *imperium* van de rechter naar hedendaags recht niet zo groot is als in het Romeinse recht, en dat de moderne rechter geen nieuwe verbintenissen kan scheppen, dan blijkt deze beschouwing evenwel zonder draagwijdte te zijn voor de behandelde vraag.

De rechter schept immers geen nieuwe verbintenis; hij geeft slechts een bepaalde vorm, en wel de meest aangepaste, aan een reeds voorafbestaande verbintenis tot schadeloosstelling.

In het Engelse recht kan de rechter *injunctions* uitvaardigen in die gevallen waar geldelijke schadeloosstelling niet aangepast zou zijn aan de aard van de schade, maar enkel en alleen in dergelijke gevallen: nl. waar het er om gaat de voortdurende schade te doen ophouden of te voorkomen. Dit zal vooral het geval zijn ter zake van nabuurschade en inbreuken op intellectuele rechten (POLLOCK, blz. 144 en 320; WINFIELD, *Textbook,* § 36, blz. 153).

303 Rekening houdend met het verbod, wegens het principe van de persoonlijke vrijheid, om sommige veroordelingen ten uitvoer te leggen (zie boven, nr. 288), zal steeds met de mogelijkheid moeten rekening gehouden worden, dat de schuldenaar, terecht of ten onrechte, weigert het bevel uit te voeren. Er blijft geen moeilijkheid

over wanneer het bevel zeer nauwkeurig omschreven is, en gepaard gaat met een subsidiaire geldelijke veroordeling.

Aldus b.v. wanneer de aansprakelijke veroordeeld wordt om een muur af te breken, of nog, om een gebouw opnieuw op te trekken volgens bestek en onder toezicht van een door de rechtbank aangeduide deskundige, zal in ondergeschikte orde, wanneer dit bevel niet uitgevoerd wordt binnen de door de rechtbank aangeduide termijn, de aanspraakgerechtigde gemachtigd kunnen worden dezelfde werken uit te voeren of te laten uitvoeren op kosten van de aansprakelijke, verhaalbaar op vertoon van factuur of kwijtschrift.

B. DWANGMIDDELEN

304 Teneinde het naleven van het opgelegde bevel te verzekeren, werd door de rechtspraak een technisch middel uitgevonden, nl. de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom.

De toelaatbaarheid van de dwangsom werd in de Belgische rechtspraak een tijdlang gehuldigd, ofschoon de grens tussen dwangmaatregel en op voorhand begrootte schadeloosstelling onduidelijk was.

305 Pas in 1924 verschafte het Hof van Cassatie een duidelijke en ondubbelzinnige oplossing, die in overeenstemming was met hetgeen de rechtsleer voorhield.

De oplossing, die voortaan het geldende recht in België zou uitmaken, stelde dat er geen enkele wettelijke grond voorhanden was, om de rechter toe te laten zijn voorschriften kracht bij te zetten, door een geldelijke veroordeling ten titel van dwang, private straf of bedreiging (Cass., 24 jan. 1924, *Pas.*, 1924, I, 151, met de conclusie van TERLINDEN).

306 Nochtans zocht men een adequaat middel te vinden tot het nakomen van verbintenissen door een wettelijke regeling van de dwangsom.

Deze bezorgdheid vond tenslotte uitdrukking in de Wet van 31 januari 1980 (*Stbl.*, 20 febr. 1980) houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, ondertekend te 's-Gravenhage op 26 nov. 1973 (zie L.G. BALLON, *A.P.R.*, Tw. *Dwangsom;* L.G. BALLON, *De nieuwe wet op de dwangsom, R.W.*, 1979-80, 2017).

Terloops kan erop gewezen worden dat art. 4 van bovenvermelde wet, de Wet van 27 juli 1871 op de lijfsdwang heeft opgeheven (zie eveneens Cass., 6 mei 1980, *Arr.Cass.*, op datum; *Info-Jura,* 1980, 153; *Pas.*, 1980, I, 1101; *vgl.* A. VANDEPLAS, *Het einde van de lijfsdwang, R.W.*, 1979-80, 2079).

307-311 [...]

§ 4. Verschillende vormen van geldelijke schadeloosstelling

312 Ook de veroordeling tot een geldsom kan verschillende vormen aannemen.

De rechter beschikt, binnen de perken van de eis, over de grootste vrijheid,

mits hij op gemotiveerde wijze de besluiten van eis en verweer in acht neemt, om een kapitaal toe te kennen of een rente, of beide naast elkander, en om een hoofdsom en interesten, of een hoofdsom alleen te bepalen.

De keuze tussen deze vormen van geldelijke veroordeling en de toepassingsmodaliteiten doen echter enkele kiese problemen oprijzen.

Vooraf dient vermeld dat de veroordeling tot een geldelijke schadeloosstelling, per dag berekend, als wettige veroordeling te onderscheiden is van een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom. Daartoe is wel vereist dat de rechter werkelijk, duidelijk en ondubbelzinnig, op grond van art. 1382 B.W., tot schadeloosstelling veroordeelt, en deze laatste gemeten is aan het werkelijk nadeel, dat uit de inbreuk of het bevel of verbod door de aanspraakgerechtigden geleden wordt (DE PAGE, III, nr. 162, blz. 191; Cass., 25 febr. 1937, *Pas.*, 1937, I, 93; *R.G.A.R.*, 1937, 2462; Cass., 12 nov. 1942, *Pas.*, 1942, I, 282; Cass., 20 sept. 1957, *Pas.*, 1958, I, 15; Cass., 7 nov. 1958; *Pas.*, 1959, I, 249; Cass., 13 maart 1964, *Pas.*, 1964, I, 757; Rb. Gent, 27 okt. 1950, *R.W.*, 1950-51, 1370; Rb. Veurne, 29 nov. 1956, *R.W.*, 1956-57, 1903).

A. KAPITAAL OF RENTE

313 Zoals voor de vorm van het herstel in het algemeen, geldt hier vanzelfsprekend, een grote vrijheid van keuze voor de rechter, om die vorm van schadeloosstelling te verkiezen die hij het best passend acht, met inachtneming van de aard van de schade en van de belangen van de partijen, op de eerste plaats van het slachtoffer (zie boven, nr. 235 en 289).

Hij kan een rente toewijzen waar een kapitaal gevorderd is, en omgekeerd. De partijen kunnen in dit opzicht niets afdwingen; de rechter beslist soeverein (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1791 e.v.; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 194*bis*, blz. 451; DE PAGE, II, nr. 1027, blz. 1071; DALCQ, II, nr. 4180; G. LEVIE, *Aspect social et juridique du payement sous forme de rente, des indemnités dues du chef d'accidents de droit commun, J.T.*, 1958, 647-648; SAVATIER, II, nr. 617, blz. 202; PERRET, blz. 114; L. RIPERT, nr. 176, blz. 203; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2329, blz. 654; Cass.fr., 20 maart 1952, *Rec.Dall.*, 1952, 342; *anders:* FONTEYNE, *R.G.A.R.*, 1928, 328; *Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 520).

Een deel van de schadeloosstelling kan onder de vorm van een kapitaal toegewezen worden, en het overige deel als rente; b.v. enerzijds een kapitaal als genoegdoening voor de extrapatrimoniale schade en voor de reeds geleden vermogensschade, en anderzijds een rente voor de toekomstige vermogensschade (*vgl.:* HEMELEERS, *J.T.*, 1911, 761; L. RIPERT, nr. 173, blz. 201; Rb. Privas, 4 juni 1952, *Rec. Sirey*, 1953, 2, 113 met noot J.B.; Krijgsr. Brussel, 25 nov. 1971, *onuitg.*, geciteerd door L. SCHUERMANS, *A propos des rentes indexées, R.G.A.R.*, 1977, 9813; *vgl.* Luik, 5 maart 1975, *R.G.A.R.*, 1975, 9491 met noot M. MAHIEU; *J.T.*, 1975, 425 met noot J.L. FAGNART).

Hiermede is een eerste vraag gesteld: door welke criteria wordt de rechter geleid in zijn keuze?

Vervolgens rijzen vragen op in verband met de verschillende modaliteiten waarmede de toekenning van een rente gepaard kan gaan: duur, zekerheden, aanpassingsmogelijkheid, enz.

Doorgaans zal de vraag slechts gesteld worden waar het gaat over schade die zich in de duur verwezenlijkt, of doorlopende schade, b.v. het inkomstenverlies ten gevolge van werkonbekwaamheid.

Dit is het meest voorkomende, doch niet het enige toepassingsgeval.

Ter zake van voortdurende nabuurschade b.v. zal gebeurlijk een rente de meest aangepaste schadeloosstelling uitmaken (SAVATIER, I, nr. 80, blz. 1304; zie de goed gemotiveerde oude uitspraken: in de vorm van een rente zolang de nabuurschade duurt: Brussel, 7 juli 1873, *Belg.Jud.*, 1873, 1411; Luik, 13 maart 1878, *Belg.Jud.*, 1878, 396; in de vorm van één enkele hoofdsom: Luik, 20 juni 1858, *Belg.Jud.*, 1858, 1151; Rb. Verviers, 15 jan. 1862, *Belg.Jud.*, 1862, 1275; *vgl.* betreffende de vergoeding op grond van art. 556 B.W., laatste lid: DE PAGE, VI, nr. 67, *in fine*, blz. 59).

314 Over deze aangelegenheid zwijgt het B.W. evenzeer als omtrent het principe van de vorm der schadeloosstelling zelf.

In een afwijkende wetgeving daarentegen, nl. in de Arbeidsongevallenwet, wordt de schadeloosstelling als regel onder de vorm van een rente toegekend (zie art. 12 tot 17; art. 24) met het vermogen voor de aanspraakgerechtigde om één derde in kapitaal te vragen (art. 45, lid 1).

Er dient bovendien aan herinnerd dat door deze wet in de zekerheid voor de betaling van de rente voorzien is.

Door § 843 B.G.W. wordt bepaald dat de schadeloosstelling voor werkonbekwaamheid onder de vorm van een rente moet toegewezen worden. Alleen indien daartoe een ernstige grond aanwezig is mag de aanspraakgerechtigde een kapitaal vorderen.

Belangrijk is de bepaling in het tweede lid voorzien: ,,Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen''.

Strenger nog in dit opzicht is het voorschrift in artikel 43, II, O.R.: ,,Wird Schadenersatz in Gestalt einer Rente zugesprochen, so ist der Schuldner gleichzeitig zur Sicherheitsleistung anzuhalten''.

Met dezelfde strekking ook verschaft artikel 2057 C.civ.it. de mogelijkheid voor de rechter, maar legt hem geen verplichting op om een rente toe te kennen wanneer de schade van voortdurende aard is, maar eens te meer ,,In tal caso il giudice dispone le opportune cautele''.

315 Op het eerste gezicht zou de rente de meest aangewezen vorm van schadeloosstelling uitmaken voor voortdurende schade.

Er pleiten inderdaad verschillende argumenten voor deze stellingname:

— Zo achterhaalt de rente, door duur en periodiciteit, de doorlopende schade die zich in de toekomst uitstrekt. De opeenvolgende betaling der achterstallen lijken beter op de periodieke uitbetaling van het verloren loon of inkomen (zie MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2328,blz. 646; DE PAGE, II, 1964, nr. 1027, blz. 1071; G. MOYAERT, *De rechten van de weduwe, bij overlijden van haar echtgenoot, t.o.v. de verantwoordelijke derde, R.W.*, 1959-60, 1337; G. LEVIE, *Quelle est la forme la plus adequate du payement des indemnités dues du chef d'accidents de droit commun?, J.T.*, 1961, 403).

Toch werd hiertegen ingebracht dat de schade niet bestaat in een periodiek verlies aan inkomen, maar wel in het voortaan moeten derven van een werkcapaciteit, m.a.w. een bron van inkomen, een kapitaal dus.

Bijgevolg zou een vergoeding onder de vorm van een kapitaal aangewezen zijn (J. FONTEYNE, *Capital ou Rente, R.G.A.R.*, 1960, 6524[2]), maar terecht werd opgemerkt dat het verlies aan werkkracht uiting vindt in het periodieke inkomstenverlies. Het verlies is trouwens evenredig met het werk, te presteren gedurende een normale loopbaan (zie DALCQ, II, nr. 4197-4198).

— Daarenboven is een kapitaal moeilijk te beheren, hetgeen aanleiding tot meerdere problemen zal geven, vooral als het uitgekeerd wordt aan een geheel of grotendeels onbekwaam slachtoffer, aan minderjarigen of aan een onervaren weduwe (GÉRARD, nr. 710; blz. 521 e.v.; HEMELEERS, *J.T.*, 1911, 745; Dor, *Bull.Ass.*, 1931, 245; SAVATIER, II, nr. 523, blz. 99; *ibid.*, 617, blz. 202; DALCQ, II, nr. 4188; G. LEVIE, *a.w.*, *J.T.*, 1958, 639 en 647; H. SCHILTZ, *Rente of kapitaal als vergoeding voor lichamelijke schade in gemeen recht, R.W.*, 1959-60, 1350; G. MOYAERT, *a.w.*, *R.W.*, 1959-60, 1338; *vgl.* Krijgsr. Brussel, 25 nov. 1971, *t.a.p.*, MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2326, blz. 645).

Een aanzienlijk deel van de rechtspraak kende voor de Eerste Wereldoorlog op die gronden een rente toe (zie onder talrijke andere: Gent, 4 juni 1902, *Belg.Jud.*, 1902, 1027; *Pas.*, 1903, II, 13; Brussel, 6 juni 1911, *Pand.Pér.*, 1912, nr. 317). In Nederland gaf men ook de voorkeur aan een rente om de belangen van de minderjarige beter te beveiligen (Arr.Rb. Rotterdam, 24 febr. 1950, *N.J.*, 1951, nr. 363).

— Daarbij komt nog dat een rente dichter bij de realiteit zou aansluiten, in die zin dat, in tegenstelling met kapitalisatie, geen beroep gedaan wordt op een onbekende, nl. de vermoedelijke levensduur (HEMELEERS, *J.T.*, 1911, 745; G. MOYAERT, *R.W.*, 1959-60, 1339; H. SCHILTZ, *R.W.*, 1959-60, 1349; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2328, blz. 647).

Doch hierbij dient men zich dan te hoeden voor de grove vergissing die erin bestaat geen rekening te houden met de mogelijkheid dat de levensduur van het slachtoffer verkort werd door het ongeval (zie b.v. Brussel, 9 febr. 1911, *Belg.Jud.*, 1911, 331).

Men moet hiermee integendeel rekening houden en de rente toekennen gedurende de vermoedelijke levensduur en daarom de rente omkeerbaar maken op de vrouw en op de kinderen, tot op een tijdstip dat met de vermoedelijke levensduur van het onmiddellijk getroffen slachtoffer overeenstemt (Gent, 4 juni 1902, *Belg.Jud.*, 1902, 1027; *Pas.*, 1903, II, 13; HEMELEERS, *J.T.*, 1911, 761; Dor, *Bull.Ass.*, 1931, 251; G. LEVIE, *J.T.*, 1958, 649).

— Tenslotte werd ook het voordeel van de herzienbaarheid van de rente aangehaald (SAVATIER, II, nr. 617, blz. 202; G. LEVIE, *J.T.*, 1958, 649; DALCQ, II, nr. 4195).

Naast de genoemde argumenten, wordt ook een economisch bezwaar tegen het uitkeren van een kapitaal aangehaald: het toekennen van kapitalen zou nadelen meebrengen voor de volkshuishouding omdat deze sommen uit de economische kringloop zouden verdwijnen, waardoor de premies een hoge vlucht zouden nemen (G. LEVIE, *J.T.*, 1958, 647).

Dit argument is weinig pertinent, eendeels, wegens de geringe juridische waarde, anderdeels, omdat de uitgekeerde kapitalen langs belegging of rechtstreeks gebruik terug in de economie terechtkomen (H. SCHILTZ, *R.W.*, 1959-60, 1349).

316 Toch zijn er onmiskenbaar voordelen aan de toekenning van een kapitaal verbonden.

Op besliste wijze wordt hierdoor een einde gesteld aan bestaande gedingen en hun gevolgen en ,,geraken de partijen van elkaar''. Een herhaling of vermeerdering van geschillen wordt vermeden (zie G. MOYAERT, *R.W.*, 1959-60, 1351; H. SCHILTZ, *R.W.*, 1959-60, 1340).

Bovendien werd opgemerkt door deskundigen dat de *Kapitalabhandlung* doelmatiger is tot voorkoming of genezing van de Renteneurose. Inderdaad, d.m.v. een kapitaal kan het slachtoffer initiatieven nemen om zijn financiële onafhankelijkheid te behouden of opnieuw te verwerven. Door een rente wordt die mogelijkheid aan het slachtoffer onttrokken en dient hij in de nadelige toestand te berusten (OFTINGER, I, § 6, III, A, blz. 142, voetnoot 61, met verwijzingen; H. SCHILTZ, *R.W.*, 1959-60, 1352; zie ook Corr. Antwerpen, 27 dec. 1958, *R.W.*, 1959-60, 1365).

Met dit belang van de getroffene dient ontegensprekelijk rekening gehouden te worden. De moeilijkheden i.v.m. het verschaffen van zekerheden tot voorkoming van het onvermogen van de renteschuldenaar, wordt aldus ook vermeden (Brussel, 23 febr. 1935, *J.T.*, 1935, 214; Kinderrechter Aarlen, 2 juli 1954, *Bull.Ass.*, 1955, 58; KLUYSKENS, *Verbintenissen*, nr. 375*ter*, blz. 591; DE PAGE, II, nr. 1027, blz. 1073; J. FONTEYNE, *R.G.A.R.*, 1960, 6524[6]).

Tenslotte kunnen er zich, bij het toekennen van een rente, bepaalde problemen van technische aard voordoen, die eigen zijn aan het systeem van verzekeringen, maar deze bezwaren zijn niet van juridische aard, en niet onoverkomelijk (zie daarover o.a. J.L. FAGNART, noot onder Luik, 5 maart 1975, *J.T.*, 1975, 425 e.v.; L. SCHUERMANS, *R.G.A.R.*, 1977, 9813[4]).

317 Nog steeds roept deze materie in de praktijk vragen op.

Het toekennen van een kapitaal bleek in het rechtsgebruik de rente verdrongen te hebben (*vgl.* DE PAGE, II, nr. 1027; blz. 1071; R. PIRET, *L'Influence des variations monétaires sur les contrats en matière de prêts et de rentes viagères, Ann.Rg.Sw.*, XIII, 1953, 339 e.v.), totdat dit vraagstuk terug aan de orde kwam onder invloed van de reeds geciteerde publikaties van G. LEVIE, G. MOYAERT, H. SCHILTZ en J. FONTEYNE.

Ofschoon niet te ontkennen valt dat het uitkeren van een kapitaal aan belang heeft ingeboet, blijft deze vorm van schadeloosstelling de voorkeur genieten. Zo is men van oordeel dat een rente kan toegekend worden, maar toch een uitzonderlijke regeling moet blijven (DALCQ, II, nr. 4192; J.L. FAGNART, noot onder Luik, 5 maart 1975, *J.T.*, 1975, 425; L. SCHUERMANS, *R.G.A.R.*, 1977, 9813[5]).

In zekere gevallen zoekt en vindt men een oplossing door een bepaald gedeelte van de vergoeding uit te betalen onder de vorm van een kapitaal — voldoende om het slachtoffer toe te laten een onroerend goed aan te schaffen — gekoppeld aan een maandelijkse rente, wegens het gevaar van ondoelmatig beheer of niet-oordeelkundige belegging van een kapitaal (b.v. Krijgsr. Brussel, 25 nov. 1971, geciteerd in *Overzicht van rechtspraak, T.P.R.*, 1977, blz. 476 en door L. SCHUERMANS, *R.G.A.R.*, 1977, 9813[1]; in dezelfde zin: Antwerpen, 7 nov. 1975, *T.P.R.*, 1977, 482).

Er zijn inderdaad bepaalde, uitzonderlijke schadegevallen, waar het toekennen van

een kapitaal niet aangewezen is, zo b.v. wanneer het slachtoffer een minderjarige is (zie DALCQ, II, 4193 e.v.; G. MOYAERT, *R.W.*, 1959-60, 1338; Corr. Turnhout, 17 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1977, 9821).

Zoals reeds herhaaldelijk opgemerkt dient men ook hier de concrete situatie oordeelkundig te ontleden om een passende schadeloosstelling te kunnen uitspreken; een absoluut geldende regel kan moeilijk vastgelegd worden (zie in dit verband: Rb. Doornik, 10 april 1981, *J.T.*, 1982, 429; *R.G.A.R.*, 1982, 10.451).

318 Er dient aangestipt, hetgeen voor de rechtspraak en rechtsleer niet altijd duidelijk bleek, dat een kapitaal niets anders is dan de aankoopsom van een rente, m.a.w. de uitslag van een wiskundige bewerking, de kapitalisatie, waardoor de huidige of actuele waarde berekend wordt, gelijk aan de rente.

Daartoe moeten twee factoren aangewend worden. De eerste is de levensduur om de duur van de rente te bepalen; hij is gesteund op statistische waarschijnlijkheid.

De tweede is de kapitalisatiecoëfficiënt, om de rente tot haar constante waarde te herleiden, deze laatste aan allerlei onzekerheden bloot gesteld in tijden van economisch en monetair onevenwicht (zie verder, nr. 924 e.v.).

Wanneer deze bewerking goed begrepen wordt, ziet men onmiddellijk in, dat het bedrag van de jaarlijkse interest, door de belegging van het kapitaal opgebracht, normaal kleiner is dan de jaarlijkse achterstallen van de rente. De aankoopsom van de rente wordt immers aldus berekend dat de som van het kapitaal en de inkomsten uit zijn normale belegging verwezenlijkt, zoveel mogelijk gelijk zijn aan de som van de achtereenvolgende achterstallen van de rente. Welnu, dit wordt omzeggens systematisch vergeten in zeer belangrijke praktische vraagstukken.

Eén ervan is het verder te bespreken hoofdstuk van de verdeling van de schadeloosstelling door inkomstenschade onder de aanspraakgerechtigden. Waar men beweerde dat de schadeloosstelling onder de vorm van een kapitaal toegekend wegens het overlijden van het slachtoffer, vader en echtgenoot, tussen de weduwe en de kinderen moest verdeeld worden, kwam men tot onaannemelijke resultaten, wegens onbegrip van hetgeen het kapitaal betekende.

Aan de kinderen werd immers meer toebedeeld dan het gedeelte van de inkomsten dat voor hen bestemd was, en de weduwe ontvangt te weinig (zie verder, nr. 1073 e.v.).

Dezelfde verwarring wordt ook nog in ruimere mate waargenomen bij de behandeling van de gevolgen van het huwelijksvermogensrecht op de schadeloosstelling voor inkomstenschade.

Waar men het eens was dat, bij lichaamsschade, de achterstallen van de rente, niet de rentetitel zelf, in de wettelijke gemeenschap vallen, wordt, zonder meer algemeen aanvaard dat, bij schadeloosstelling in de vorm van een kapitaal, dit laatste eigen goed blijft, terwijl de interesten van dit kapitaal volledig gelijk gesteld worden met de achterstallen van de rente en in gemeenschap vallen. Men beperkt onmiddellijk de wiskundige onjuistheid van deze schijnbaar juridisch gegronde oplossing, die dan ook zal mogen verworpen worden. Hierop zal later teruggekomen worden (zie verder, nr. 1191 e.v.).

In Nederland wordt algemeen aanvaard dat de rechter de bevoegdheid heeft een periodieke uitkering dan wel een kapitaal ineens toe te kennen.

Wel blijft er de vraag open of de rechter gebonden is aan de keuze van de eiser of van beide partijen.

De rechtsleer en rechtspraak geven algemeen de voorkeur aan een periodieke uitkering, tenzij ingeval van vergoedingen voor verwondingen bij verkeersslachtoffers, waar een kapitaal meer voorkomt (DRION, *Onrechtmatige daad,* nr. 322 e.v.).

De gedaagde kan tevens veroordeeld worden om zekerheid te stellen tot het nakomen van zijn verplichtingen.

Deze regel wordt bevestigd in art. 6.1.9.10 nieuw B.W. (zie DRION, *Onrechtmatige daad,* II, 330 e.v.; zie verder, nr. 321 e.v.).

Ook in Frankrijk beschikt de rechter over de vrijheid een rente of een kapitaal toe te kennen, tenzij een herstel in natura mogelijk is, en dit gevraagd of aangeboden wordt (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2331, blz. 656).

Ofschoon een rente het gewone gebruik uitmaakt in tijden van monetaire stabiliteit, wordt nu meestal een kapitaal uitgekeerd, tenzij in uitzonderingssituaties waar het slachtoffer een periodieke uitkering krijgt, waarvoor de fondsen geput worden uit een kapitaal, gestort door de aansprakelijke in handen van een derde (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2326, blz. 645).

MAZEAUD wijst er nogmaals op dat het kapitaal voor de slachtoffers voldoende groot moet zijn om zich te voorzien van een voldoende rente om de schade te vergoeden (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2328-2, blz. 653).

B. MODALITEITEN VAN DE GELDELIJKE VEROORDELING

319 De rechtspraktijk streefde er naar, aan de toewijzing van een geldsom modaliteiten toe te voegen, ofwel opdat deze haar bestemming zou bewaren, ofwel opdat haar uitbetaling zou verzekerd zijn.

1. Zekerheden aan de kant van de aanspraakgerechtigde

320 Wanneer dergelijke zekerheden in hoofde van de aanspraakgerechtigde gevestigd worden, in zijn eigen belang, ontstaan ogenschijnlijk geen principiële moeilijkheden.

Aldus werd in de oudere rechtspraak dikwijls bevolen dat de weduwe-voogdes een bepaalde belegging zal doen, opdat het belang van de minderjarige zou gevrijwaard worden, ofwel werd de onvervreemdbaarheid van kapitaal of rente bevolen.

De auteur van het trefwoord *Préjudice* van de *Pandectes Belges* vestigde de aandacht van de advocaten hierop, opdat zij waakzaam zouden zijn ten aanzien van deze belangen, en van het openbaar ministerie, om hierin desnoods ambtshalve tussen te komen (*Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 335-336).

Voor de geldigheid van dergelijke modaliteiten kan men laten gelden dat zij slechts de vorm van de schadeloosstelling nader bepalen, overigens in het voordeel alleen van de minderjarigen onder de aanspraakgerechtigden, en aan deze geen zekerheden verschaffen ten nadele van andere schuldeisers van de aansprakelijke, maar alleen ten aanzien van hun wettelijke vertegenwoordigers, terwijl de aansprakelijke betaald heeft en bevrijd is, en er dus geen toekomstig belangenconflict meer kan ontstaan tussen de huidige aanspraakgerechtigden en de mogelijke toekomstige schuldeisers van de aansprakelijke. Hiertegen wordt echter opgemerkt dat, indien de voogd in principe over het wettelijk vermogen beschikt om de aan een minderjarige verschuldigde kapitalen te ontvangen en er kwijting voor te geven en dat de derde schuldenaar geldig bevrijd is, zonder enige aansprakelijkheid in verband met de belegging van dit kapitaal te kunnen oplopen, hierop evenwel een uitzondering bestaat nl. op grond van artikel 61 Hypotheekwet voor de uitbetaling van de zogenaamde ,,niet-eisbare kapitalen''.

Welnu onder dit begrip wordt de schadeloosstelling na onrechtmatige daad gerekend (DE PAGE, II, nr. 181, B, blz. 171). De voogd kan derhalve geen geldige kwijting geven zonder tussenkomst van de toeziende voogd.

Vermits de wet (art. 61, tweede lid, Hyp.W.) bepaalde beleggingen voorschrijft (storting in de depositio- en consignatiekas), waarvan slechts met machtiging van de familieraad kan afgeweken worden, is elke andere, door de rechter opgelegde modaliteit, onwettig (DE PAGE, II, nr. 181, C, blz. 172; nr. 184, B, 2°, blz. 175).

Vergeet hierbij niet dat de bestemming van de schadeloosstelling in verschillende gevallen gedeeltelijk verzekerd is door de toepassing van de principes der zaakvervanging of zakelijke subrogatie (zie boven, nr. 169 e.v.).

Aldus b.v. zal het kapitaal toegekend tot vergoeding voor het overlijden van een echtgenoot en vader, in die mate waarin dit kapitaal het verloren levensonderhoud vervangt, het karakter van dit laatste behouden en is het in die mate onaantastbaar (zie boven, nr. 171).

Omtrent de mogelijkheid voor de voogd om dergelijk kapitaal aan te wenden voor de opvoeding en het onderhoud van de minderjarige, bestaat betwisting (zie verder, nr. 1073 e.v.).

De Wet van 8 april 1965 heeft artikel 389 B.W. aangevuld met de bepaling dat de rechtbanken de uitspraak doen over de vergoeding van een stoffelijke of zedelijke schade aan een minderjarige veroorzaakt, de voorwaarden voor de aanwending van de verschuldigde geldsommen kunnen bepalen, wanneer kan gevreesd worden dat deze geldsommen die aan de minderjarige toekomen niet in zijn belang worden gebruikt.

2. *Zekerheden aan de kant van de aansprakelijke*

321 Moeilijker is de vraag of de betaling van een rente, onder een of andere vorm kan verzekerd worden, tegen de insolvabiliteit van de schuldenaar.

Uit deze moeilijkheid o.m. ontstond de praktijk om de rente door een kapitaal te vervangen, opdat het gebeurlijke onvermogen van de schuldenaar de uitbetaling van de schadeloosstelling in de toekomst zou kunnen bedreigen. Waar, op het ogenblik van de veroordeling, de schuldenaar betaalkrachtig is, kan de toekomst immers onzeker zijn.

Procureur-generaal LECLERCQ zelf merkte op dat het probleem moeilijk op te lossen was (conclusie voor Cass., 10 maart 1932, *Pas.*, 1932, I, 101).

Reeds werden sommige buitenlandse oplossingen vermeld, waarbij aan de rechter het vermogen verleend wordt om aan de schuldenaar van de rente het verschaffen van zekerheden op te leggen (§ 843 B.G.B.), of die hem slechts toelaten een rente toe te kennen mits dergelijke zekerheden verschaft worden (art. 43, II, O.R. en art. 2057 C.civ.it.).

Mag de Belgische rechter bij stilzwijgen van de wet in dergelijke zekerheden voorzien? Mag hij b.v. de aansprakelijke veroordelen om hypotheek, pand of borgtocht te verschaffen? M.a.w., kan de schuldvordering van de aanspraakgerechtigde op grond van artikel 1382 B.W. door de rechter tot een bevoorrechte schuldvordering omgevormd worden?

In 1850 had het Hof van Cassatie dergelijke uitspraak naar aanleiding van een levensonderhoud op grond van het toenmalige artikel 301 B.W. wettig geoordeeld: „Attendu que les tribunaux peuvent, en accordant une pension alimentaire à l'époux en faveur duquel la séparation de corps est prononcée, ordonner que l'autre époux, débiteur de la pension, assignera un capital pour sûreté du service de la rente, si mieux il n'aime déléguer pour le dit service un revenu libre et suffisant ou bien donner une caution suffisante quelconque; que ce n'est là qu'une mesure de sûreté que le juge a pouvoir et mission de prescrire comme

sanction de la condamnation qu'il prononce, lorsque cette sanction est nécessitée par les circonstances dont l'appréciation lui appartient souverainement; que cette mesure, loin d'être prohibée par la loi, est formellement autorisé par elle dans des cas analogues et notamment par l'article 1978 du C.Civ." (Cass., 20 april 1850, *Pas.*, 1850, I, 258).

In 1932 wijzigde het Hof van Cassatie zijn rechtspraak en besliste dat de rechter een gewone schuldvordering niet mag veranderen in een bevoorrechte of hypothecaire schuldvordering, aangezien luidens artikel 8 Hypotheekwet de goederen van de schuldenaar het gemeenschappelijk pand van zijn schuldeisers uitmaken, onder voorbehoud van de wettelijke voorrechten, terwijl artikel 1978 B.W. de macht van de rechtbanken niet betreft, maar wel de rechten van de schuldeiser van een onder bezwarende titel gevestigde rente (Cass., 10 maart 1932, *Pas.*, 1932, I, 98, met besluiten van LECLERCQ).

Sindsdien is deze stelling overheersend in de Belgische rechtsleer (KLUYSKENS, nr. 375*ter*, blz. 591; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 224, blz. 548; *Rép.P.Dr.B., Jugements et arrêts*, nr. 196; BRAAS, *Précis de procédure civile*, nr. 1562, blz. 776; DE PAGE, II, nr. 1029, blz. 1074; dezelfde, VI, nr. 752 e.v., blz. 686 e.v.; DALCQ, II, nr. 4209 e.v.; *vgl.* DEMOGUE, IV, nr. 471, blz. 136.

Het gaat hier inderdaad niet over de keuze van het best passend herstel; de rechter geeft aan de aanspraakgerechtigde m e e r dan hetgeen hij kan vorderen; hij verschaft hem iets daarbij, nl. een z e k e r h e i d , die niet bij de schadeloosstelling behoort, en wel een v o o r r a n g b o v e n d e r d e n .

Dit werd door procureur-generaal LECLERCQ duidelijk onderstreept, wanneer hij in dit verband wees op de afschaffing van de gerechtelijke hypotheek, afschaffing die op dezelfde beginselen gesteund was (*Pas.*, 1932, I, 105, tweede kol.).

322 Niets echter belet dat de schuldenaar v r i j w i l l i g hypotheek zou verlenen of pand geven, en aldus een wettelijk voorrecht ten voordele van de aanspraakgerechtigde zou vestigen (DE PAGE, VI, nr. 755, blz. 694).

Aldus blijft, ook nog sedert het arrest van 1932, een oudere rechtspraak geldig en wettig, waarin de aansprakelijke veroordeeld wordt tot betaling van een rente mits verschaffen van een zekerheid, terwijl, bij gebrek aan overeenkomst dienaangaande tussen de partijen, aan de eiser het vermogen voorbehouden wordt om in plaats van deze rente een kapitaal te eisen (Brussel, 30 okt. 1912, *Pand.Pér.*, 1913, nr. 96; *vgl.* PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 690, blz. 933).

Dergelijke oplossing is volledig verantwoord. De schuldenaar beschikt hier immers over een vrijheid van keuze. De zekerheid ontstaat derhalve uit de vrije wil, want vrije keuze van de schuldenaar.

Een vergelijkende waardering van de belangen der partijen bevestigt deze oplossing. Het belang van de benadeelde heeft voorrang (zie boven, nr. 235 en 393) en vereist dat hij in elk geval schadeloos zou gesteld worden; de aangesprokene behoudt de minder zware oplossing van een rente of van een uitgestelde betaling, hetgeen dan ook toelaat dit gemak afhankelijk te maken van het stellen van zekerheid.

Ten slotte dient er op gewezen dat in 1919 het Hof van Cassatie dus vóór de Wet van 1938, geoordeeld had dat de rechter termijnen van respijt mocht toestaan op voorwaarde dat de schuldenaar hypotheek zou verlenen (Cass., 8 mei 1919, *Pas.*, 1919, I, 140).

In die zin werd gevonnist dat geen rente, maar wel een kapitaal moest toegewezen worden, nu de

aangesprokene geen voldoende zekerheden aanbood (Kinderrechter Aarlen, 2 juli 1954, *Bull.Ass.*, 1955, 58).

323 In dit verband dient volledigheidshalve het voorrecht vermeld dat door de Wet van 24 mei 1937 (art. 20, 9° Hyp.W.) werd ingevoerd: ,,De uit een ongeval ontstane schuldvorderingen ten bate van een door dat ongeval benadeelde derde of diens rechthebbenden, zijn bevoorrecht op de vergoeding die de verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid verschuldigd is op grond van de verzekeringsovereenkomst.

Geen betaling aan de verzekerde bevrijdt, zolang de bevoorrechte schuldeisers niet zijn schadeloos gesteld''.

Zoals reeds opgemerkt werd, kon de curator van de failliete getroffene, waar hij diens vordering tot schadeloosstelling mag uitoefenen, het voorrecht en het rechtsmiddel van deze bepaling aanwenden (zie boven, nr. 160).

Wat de aard van de vordering van het slachtoffer tegen de verzekeraar van de aansprakelijke betreft, wordt hier slechts aangestipt, dat zij noch als zijdelingse, noch als rechtstreekse vordering kan beschouwd worden. Zij is integendeel te verklaren als een vordering tot geldig verklaren, na beslag onder derden, uit kracht van deze bepaling, onder de verzekeraar gelegd, en gepaard met een voorkeurrecht boven alle andere schuldeisers van de aansprakelijke (Cass., 18 okt. 1945, *Pas.*, 1945, I, 247, met de conclusie van HAYOIT DE TERMICOURT; Brussel, 25 jan. 1950, *R.W.*, 1949-50, 1154; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2329, blz. 439 e.v.).

Krachtens art. 20, 9° Hyp.W. mag de verzekeraar tegen de benadeelde alle excepties tegenwerpen die hem eigen zijn (Cass., 26 febr. 1960, *Arr.Cass.*, 1960, 612; *Pas.*, 1960, I, 749).

In de meeste schadegevallen, nl. de verkeersongevallen veroorzaakt door motorrijtuigen, heeft de benadeelde, krachtens de Wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering, een rechtstreeks vorderingsrecht tegen de verzekeraar (art. 6), vordering die bovendien door een niet-tegenstelbaarheid van excepties bevoordeligd is (art. 11).

3. Aanpassingsmogelijkheid van de rente

324 De besproken betwistingen hebben er grotendeels toe geleid dat in België de toewijzing van een rente eerder uitzonderlijk voorkwam.

De aanpassing — vermeerdering of vermindering, — van de rente kan op twee gronden gevraagd worden. Vooreerst wegens de vermindering of de uitbreiding van de schade zelf, b.v. wanneer het gedeeltelijk werkonbekwame slachtoffer volledig werkonbekwaam wordt tengevolge van hetzelfde ongeval, of waar het integendeel geneest.

Deze eerste vraag is samen te behandelen met het verder behandelde vraagstuk van het in aanmerking nemen van de latere gebeurtenissen die de omvang van de schade beïnvloeden (zie verder, nr. 380 e.v.), en over de mogelijkheid van nieuwe eisen op dergelijke gronden, na de uitspraak die de schade en de schadeloosstelling begroot en toegekend heeft.

Een tweede grond tot aanpassing is de wijziging van de koopkracht van de munt. De schade is hier dezelfde gebleven, het is alleen de maatstaf, waarmede de schadeloosstelling begroot werd, die een verandering ondergaan heeft.

De onzekerheid omtrent de toekomstige waarde van het toegekende bedrag van de rente doet in tijden van instabiliteit van de levensduurte en van de munt het vraagstuk oprijzen.

In Frankrijk maakte de rechtspraak tijdens de laatste decennia een periode van moeizaam zoeken door. De rechtbanken streefden er naar door het inlassen van een agiobeding, b.v. door de rente aan het indexcijfer of aan het gemiddelde loon te koppelen, deze aan de wisselingen van de levensduurte aan te passen.

Het vraagstuk bleef er uiteraard beperkt tot de toekenning van een rente, en rees niet op ter gelegenheid van een veroordeling tot een kapitaal, vermits het slachtoffer dan zelf de passende beleggingen moet doen om verliezen te voorkomen bij toekomstige schommelingen (H. MAZEAUD, *Les rentes flottantes et la réparation des accidents, Rec.Dall.*, 1951, *Chr.*, blz. 19, voetnoot 13).

Tot in 1974 werd door het Franse Hof van Cassatie de stelling gehuldigd dat de toekenning van een rente met wisselende schaal diende afgewezen te worden (Cass.fr., 20 maart 1952, *Rec.Dall.*, 1952, 342 en 413; Cass.fr., 2 mei 1952, *Rec.Dall.*, 1952, 413; Cass.fr., 5 juli 1961, *J.C.P.*, II, 12.369; Cass.fr., 3 juni 1964, *J.C.P.*, IV, 103; Cass.fr., 7 juli 1966, *Gaz.Pal.*, 1966, II, 197; *R.Trim.Dr.Civ.*, 1967, 179; Cass.fr., 7 okt. 1969, *Gaz.Pal.*, II, 350; *R.Trim.Dr.Civ.*, 1970, 368).

Door de Franse doctrine werd deze stelling echter scherp op de korrel genomen (zie o.m. ESMEIN, *Des indemnités variables suivant un indice économique, J.C.P.*, 1949, I, 781; H. MAZEAUD, *a.w.*, *Rec.Dall.*, 1951, *Chr.*, blz. 17; SAVATIER, *Les indemnités allouées aux victimes d'accidents corporels ne peuvent-elles, depuis la loi du 13 juillet 1963, consister en une rente viagère indexée, J.C.P.*, 1972, I, 2443; MIGNON, *La revision des rentes indemnitaires à durée indéterminée, Rec.Dall.*, 1973, *Chr.*, blz. 129; BROUSSEAU, *L'indexation des rentes indemnitaires, J.C.P.*, 1973, I, 2562; DURRY, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1972, nr. 7, blz. 603 e.v.

De rechtsleer verdedigde het toewijzen van een geïndexeerde rente, omdat deze vorm van geldelijke schadeloosstelling doelmatiger was als passende vergoeding en aldus dichter bij art. 1382 B.W. aanleunde.

De motieven van het Hof van Cassatie tot afwijzing van een geïndexeerde rente waren allerminst overtuigend.

Onder invloed van de gefundeerde kritiek wijzigde het Hof zijn standpunt in twee arresten, uitgesproken op 6 november 1974 (Cass.fr., 6 nov. 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9417; *Gaz.Pal.*, 1974, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1975, nr. 10, blz. 114), zodat sindsdien van de mogelijkheid om een geïndexeerde rente toe te kennen gebruik wordt gemaakt (Toulouse, 18 juni 1976, *Rec.Dall.*, 1977, Informations rapides, 441; Aix-en-Provence, 12 mei 1977, *Rec.Dall.*, 1978, Informations rapides, 32).

Toch werd door de Franse wetgever onmiddellijk gereageerd op de uitspraken van het Hof van Cassatie om té verregaande gevolgen in te dijken. De Wet van 27 december 1974 kent aan de slachtoffers van verkeersongevallen, met minstens een bestendige werkonbekwaamfheid van 75 %, een van rechtswege geïndexeerde rente toe (voor de tekst van de wet, zie noot onder Cass., 6 nov. 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9417).

Het vraagstuk van het al of niet wettelijk zijn van een geïndexeerde rente, heeft bij ons slechts een beperkte draagwijdte, daar het toekennen van een rente nog steeds als een exceptionele vorm van schadeloosstelling moet worden beschouwd.

Toch kan de indexatie onbetwistbaar als rechtmatig toegepast worden (J.L. FAGNART, noot onder Parijs, 23 nov. 1973, *R.G.A.R.*, 1975, 9532 en *R.G.A.R.*, 1976, 9650; J.L. FAGNART, noot onder Luik, 5 maart 1975, *J.T.*, 1975, 425; L. SCHUERMANS, *A propos des rentes indexées, R.G.A.R.*, 1977, 9813; *zie* rechtspraak

geciteerd in *Overzicht van rechtspraak* 1969-1976, *T.P.R.*, 1977, blz. 475 e.v.; Mons, 6 jan. 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10.016; Corr. Brussel, 5 dec. 1980, *R.G.A.R.*, 1982, 10.495).

Ofschoon § 843, lid 1, B.G.B. in Duitsland de aantasting van de lichamelijke integriteit door een rente laat vergoeden, wordt in de praktijk vastgesteld dat de rente wordt afgekocht en vervangen door een kapitaalstoekenning (*T.P.R.*, 1977, blz. 486).

4. Schadeloosstelling in buitenlandse munt

325 In bepaalde gevallen vergt de aard van de schade dat de schadeloosstelling in verhouding met een buitenlandse munt zou begroot en hersteld worden, b.v. wanneer schade in het buitenland geleden werd en aldaar tot uitgaven en kosten aanleiding gaf, of zal geven, of nog, wanneer het slachtoffer inkomstenschade in het buitenland lijdt.

Alhoewel de rechtspraak er eerder terughoudend is in alles wat de munt raakt (zie hierboven o.m. PLANIOL, *Traité élémentaire*, vierde druk, door RIPERT/BOULANGER, II, nr. 1617, blz. 541 e.v. en nr. 1623, blz. 543 e.v.; zie ook verder, betreffende het in aanmerking nemen van de gewijzigde koopkracht van de munt, nr. 420), wordt in Frankrijk niettemin voorgehouden dat de rechter de veroordeling in vreemde munt kan uitdrukken, en de aansprakelijke veroordelen, om een bepaald bedrag in buitenlandse munt ter beschikking te stellen van de aanspraakgerechtigde (L. RIPERT, nr. 185 e.v., blz. 210; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 682, blz. 924; G. RIPERT, *Les dommages-intérêts en monnaie étrangère*, samenvatting in *R.G.A.R.*, 1927, 15; (onder voorbehoud, sedert 1941, van afwijkende wettelijke bepalingen, zie MAZEAUD/TUNC, nr. 2325, blz. 641 e.v.).

Luidens artikel 3 van de Wet van 30 december 1885 moeten in België in alle openbare en bestuurlijke akten, alle sommen uitgedrukt worden in frank en centiemen.

Wellicht moet voor art. 41 van de Gecoördineerde Wetten op de Wisselbrief van 31 dec. 1955 betreffende de wisselbrief in vreemde munt betaalbaar een afwijking op deze algemene regel erkend worden (zie FONTAINE, *Nov.*, *De la lettre de change*, nr. 803; *zie* verder, Tw. *Wisselbrief*, nr. 130 en 1541 e.v.).

De rechtbanken mogen geen veroordelingen uitspreken in buitenlandse munt. Dit belet echter niet dat de rechter de schade zou mogen waarderen in buitenlandse munt, mits hij in het beschikkend gedeelte van zijn vonnis, de aansprakelijke tot schadeloosstelling zou veroordelen tot een som Belgische frank, te bepalen in verhouding tot het bedrag in vreemde munt begroot, naar de koers van de dag van betaling.

Weliswaar kon een zekere aarzeling ontstaan tengevolge van de onnauwkeurige formulering van het arrest van het Hof van Cassatie van 24 november 1949 (*Pas.*, 1950, I, 186; *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 542, met noot R. PIRET; *J.T.*, 1950, 55).

Het hof besliste: „... que, pour évaluer le montant des dommages et intérêts dus en réparation d'un préjudice, c'est-à-dire pour fixer la valeur d'une obligation non conventionnelle, le juge est tenu de faire usage de l'unité légale de monnaie telle qu'elle est fixée au moment où il statute, sous réserve de l'application de la loi du 29 avril 1935".

Deze overweging is onnauwkeurig op verschillende plaatsen (zie verder, nr. 425 en 430). Zij is het meer bepaald betreffende de hier behandelde aangelegenheid.

Het Hof heeft hier in verband met het onderscheid der verbintenissen, zijn vroegere rechtspraak niet willen wijzigen (zie verder, nr. 425), en evenmin heeft het zijn vroegere rechtspraak gewijzigd waarin als geldig beschouwd werd de veroordeling, tot een som in Belgische frank, te bepalen, naar de koers van de dag der betaling, op een som die nodig is tot het verwerven van een bepaalde hoeveelheid buitenlandse munt (Cass., 17 jan. 1929, *Pas.*, 1929, I, 63).

Dit arrest van 24 november 1949 heeft reeds tot verwarring aanleiding gegeven zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof te Luik. Ten onrechte werd er geoordeeld dat de rechter noodzakelijk de schade in nationale munt moest begroten, zelfs wanneer de maatstaven tot begroting alleen in buitenlandse munt geboden zijn (Luik, 12 juli 1951, *R.G.A.R.*, 1951, 4091).

Deze rechtspraak werd dan ook scherp gegispt, als onjuist ten aanzien van de feiten en ten aanzien van het recht (FONTEYNE, noot *R.G.A.R.*, 1951, 4091; DABIN, *R.Crit.J.B.*, 1952, blz. 97, nr. 60).

Mits de aansprakelijke tot een schadeloosstelling in Belgische frank veroordeeld wordt (art. 3, W. 30 dec. 1885), betreft de aangelegenheid slechts de juiste begroting van de schade en de schadeloosstelling.
In de ruime mogelijkheden van zijn soevereine beoordelingsmacht, is de rechter verplicht, de schade en de schadeloosstelling op de meest passende wijze te begroten.

Daarom zal hij de geleden schade waarderen in buitenlandse munt, naar haar werkelijke koopkracht in het buitenland, wanneer de schade in het buitenland geleden is of wordt, en aldaar tot uitgaven aanleiding gaf of zal geven.

Dit is b.v. het geval waar herstellingen in het buitenland moeten uitgevoerd worden, of in het buitenland tot vervanging van een vernield goed moet overgegaan worden of nog waar tijdelijk of blijvend inkomstenschade in het buitenland geleden wordt.

De rechter zal dan aan het voorschrift van artikel 3 van de Wet van 30 december 1885 voldoen, door de aansprakelijke te veroordelen om een bedrag Belgische frank ter beschikking te stellen van de benadeelde, voldoende naar de koers van de dag der betaling, om gelijk te zijn aan het bedrag der schade, in buitenlandse munt begroot (DABIN, *Chr.*, *R.Crit.J.B.*, 1952, blz. 97, nr. 60; FONTEYNE, noot onder Luik, 12 juli 1951, *R.G.A.R.*, 1951, 4901; DE PAGE, III, nr. 459, blz. 455 e.v.; DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 56-57; Cass., 17 jan. 1929, *t.a.p.*, Brussel, 2 april 1927, *Belg.Jud.*, 1927, 331; Brussel, 28 jan. 1955, *J.T.*, 1955, 181, meer bepaald blz. 182, *in fine;* Gent, 26 nov. 1979, Calzetta t/ Cogghe, *onuitg.* (11de K.); Corr. Luik, 28 jan. 1972, *R.G.A.R.*, 1972, 8839; *vgl.* Arrond. Middelburg, 16 maart 1955, *N.J.*, 1955, nr. 529, blz. 921).

In principe wordt de schadeloosstelling slechts juist begroot, indien de wisselkoers bepaald wordt naar het tijdstip van de werkelijke betaling.

De vraagstukken die in verband daarmede kunnen oprijzen, worden verder behandeld (zie verder, nr. 435).

5. *Termijnen van respijt*

326 Zoals reeds opgemerkt werd, laat artikel 1382 B.W., in tegenstelling met vele

buitenlandse wetboeken, aan de rechter niet toe de toestand van de aangesprokene in aanmerking te nemen om de schadeloosstelling te matigen; het herstel is objectief, uitsluitend aan de schade gemeten (zie boven, nr. 265 e.v.).

Toch kan de vraag gesteld worden of de aangesprokene de gunst van een termijn van respijt, of gemak van betaling, zou kunnen bekomen.

Er kunnen immers gevallen voorkomen waar de lichte schuld van de aangesprokene, gepaard met de omstandigheid dat hij de uitgave van een schadeloosstelling niet kon noch moest voorzien, de rechter ten zeerste zullen aanzetten om dergelijke vraag om uitstel gunstig te onderzoeken. Kan de aansprakelijke, aan wie geen zware schuld kan verweten worden, gedwongen worden om op nadelige wijze al zijn bezittingen te gelde te maken, ten einde het slachtoffer tijdig te vergoeden, terwijl dit volstrekt niet in nood verkeert, en te langen laatste veel minder ontvangt dan zijn schuldenaar er bij inboet (*vgl.* P. LEPAULLE, *La Justice,* Parijs (1934), blz. 126-140)? Er werd opgemerkt: „... il faut défendre la liberté et la personnalité humaine, éviter de gâcher inutilement le patrimoine du débiteur en lui faisant subir des pertes qui ne correspondent à aucun avantage pour le créancier, épargner les mesures vainement cruelles à l'honnête homme incapable de payer" (LEPAULLE, blz. 128); of nog: „Il n'est pas bon de ruiner le débiteur, pour bien satisfaire le créancier" (DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé,* blz. 467). De vergelijkende belangenwaardering leidt tot de mogelijkheid van uitstel tot betalen waar dit door de wet niet verhinderd wordt (*vgl.* boven, nr. 266).

327 Er werd echter gevonnist dat de rechter, hoe soeverein hij ook over het bedrag van de schadeloosstelling mag oordelen, geen uitstel tot betalen zou mogen verlenen (Luik, 29 jan. 1926, *Pas.*, 1926, II, 117; Corr. Marche-en-Famenne, 4 maart 1960, *J.Liège,* 1959-60, 283).

Volgens deze rechtspraak zou artikel 1244 B.W. een uitzonderingsbepaling zijn, die krachtens haar plaats in het B.W. beperkt is tot de verbintenissen uit overeenkomst ontstaan.

Deze bepaling kan niet als uitzonderlijk bestempeld worden; het is een toepassing en regeling van het imperium van de rechter, voor de oplossing van private geschillen, met inachtneming van de wederzijdse rechtmatige belangen.

Opdat de rechter over dit vermogen niet zou kunnen beschikken zou het hem uitdrukkelijk moeten onttrokken zijn, wat terzake niet het geval is. De rechter kan dan ook, mits inachtneming van de art. 1244 B.W. en 1333 Ger.W., d.w.z. mits inachtneming van de toestand der partijen, met grote omzichtigheid een gematigd uitstel verlenen op voorwaarde dat ondanks deze maatregel, de schadeloosstelling volledig is en de aanspraakgerechtigde dit uitstel kan dragen, en vooral dat uitstel geen afstel zou worden.

Als belangrijkste criterium geldt hier, benevens de afwezigheid van zware schuld, de vergelijking tussen het verlies in hoofde van de aangesprokene ten gevolge van een onmiddellijke betaling en het nut hiervan voor het slachtoffer. Daarbij moet rekening gehouden worden met de redelijke verzekerbaarheid van het risico in hoofde van de aansprakelijke, die de schade door de verwezenlijking van het door hem redelijk te

verzekeren risico veroorzaakte. De verzekering of het feit dat de aansprakelijke behoorde verzekerd te zijn, sluit derhalve alle uitstel van betalen uit (*vgl.* boven, nr. 266, *in fine,* en nr. 237).

In de gepubliceerde rechtspraak komen niet veel beslissingen voor waarin termijnen van respijt toegestaan worden. Dit is waarschijnlijk het gevolg van het feit, dat bij aansprakelijkheid voor lichte schuld, de aangesprokene meestal verzekerd is, terwijl in de overige gevallen, waarin de aansprakelijkheidsverzekering niet gewoon is, meestal zware schuld of opzet vaststaat.

Uitstel werd door de rechtbanken en hoven af en toe gegeven, in gedingen betreffende onrechtmatige mededinging, hetzij zij gesteund waren op artikel 1382 B.W., hetzij op het koninklijk besluit nr. 55 van 23 december 1934, hetgeen terzake zonder belang is (zie o.m. Kh. Antwerpen (kort ged.), 19 april 1948, *R.W.*, 1948-49, 911; Brussel, 15 dec. 1950, *J.T.*, 1951, 163).

Er werd eveneens uitstel toegestaan voor een herstel *in natura,* nl. afbraak na de onrechtmatige uitvoering van werken, in strijd met de reglementering van het bouwen in een gemeente „... gelet op de belangrijkheid van de uitgevoerde werken en op de onvermijdelijke aanpassing welke het bedrijf van verweerder bij het te niet doen van de constructie zal moeten ondergaan, het passend voorkomt een termijn van zes maanden toe te staan" (Gent, 23 mei 1955, *R.W.*, 1955-56, 1620).

§ 5. Vergoedende en gerechtelijke interesten

328 Ofschoon de vragen gesteld in verband met de toewijzing van schadeloosstelling onder de vorm van interesten, ongetwijfeld behoren tot de reeks vragen omtrent de verschillende vormen van een geldelijke veroordeling, worden zij hier afzonderlijk gesteld en besproken wegens een nogal uitvoerige en uiteenlopende behandeling in de praktijk.

A. AARD EN BENAMING VAN DE VERGOEDENDE INTERESTEN

329 Bijna alle eisen tot schadeloosstelling bevatten een post van vergoedende en gerechtelijke interesten. Hieromtrent is in de praktijk een overvloed van betwistingen teweeggebracht door verwarring omtrent de principes, waartoe men op dit gebied niet voldoende terugkeert.

Er dient vooreerst aan deze principes herinnerd:

Ten aanzien van het recht bepaalt de rechter soeverein de vorm en het bedrag van de schadeloosstelling. Zijn vrijheid is begrensd door de besluiten van eis en verweer, in die zin dat enerzijds het maximum van de geldelijke veroordeling begrensd is door het bedrag van de eis, en dat anderzijds de rechter er toe gehouden is, zowel wat de vorm als wat de begroting van de schadeloosstelling betreft, de besluiten van de partijen te beantwoorden (zie boven, nr. 276 e.v.).

Om tot zijn bewerking over te gaan stelt de rechter zich op het ogenblik zo dicht mogelijk bij de werkelijke betaling, d.w.z. praktisch gesproken, op het ogenblik van de einduitspraak. Op dit ogenblik kan met alle gekende bestanddelen der schade rekening worden gehouden (zie hierover verder, nr. 366 e.v.).

Wanneer deze regelen in acht genomen worden, blijven er niet veel vragen meer over, en ligt de oplossing voor de hand.

330 De interesten die door de eiser gevorderd, en door de rechter toegewezen worden, maken deel uit van de schadeloosstelling, die op grond van art. 1382 B.W. verschuldigd is (Cass., 17 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 178; *R.G.A.R.*,

1947, 3997; Cass., 20 juli 1965, *Pas.*, 1965, I, 1194; Cass., 31 okt. 1966, *Arr.Cass.*, 1967, 291; *Pas.*, 1967, I, 285; Cass., 21 sept. 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 68; *R.W.*, 1970-71, 890; Cass., 8 jan. 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 470; *R.W.*, 1972-73, 1951; Cass., 7 okt. 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 148; *R.W.*, 1976-77, 1569; Cass., 19 april 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 952; *Pas.*, 1978, I, 934; Cass., 24 jan. 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 597; *Pas.*, 1980, I, 586; Cass., 23 juni 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 1235; *Pas.*, 1981, I, 1221; *R.W.*, 1982-83, 87; Cass., 25 nov. 1981, *Arr.Cass.* en *Pas.*, op datum).

Wanneer de rechter derhalve interesten toewijst, berekend op een gevorderde hoofdsom, strekken zij noodzakelijkerwijze tot vergoeding van een werkelijke schade; zij zijn slechts een vorm van schadeloosstelling op grond van art. 1382 B.W. (DALCQ, II, nr. 4243 en 4254; F. THOMAS, *Le point de départ de la débition des intérêts compensatoires, Bull.Ass.*, 1969, 173).

Daarom worden zij doorgaans vergoedende of compensatoire interesten genoemd.

331 Men noemt deze interesten v e r g o e d e n d om ze te onderscheiden van de moratoire interesten, of verwijlinteresten, van artikel 1153 B.W. ter zake van wanprestatie.

Dit blijkt echter een loutere terminologische kwestie te zijn (zie verder, nr. 348).

Inderdaad, wanneer deze interesten gevorderd of toegewezen worden, dan wordt de schade bedoeld uit het uitstel of de vertraging van het herstel, tengevolge van de nalatigheid van de schuldenaar, van de traagheid van het onderzoek, van de onderhandelingen, of van het geding zelf. In dit laatste geval worden zij g e r e c h t e l i j k e interesten genoemd.

Deze interesten vergoeden of compenseren het gemiste genot van het beschadigde goed, of de schade geleden door het feit dat het slachtoffer, in afwachting van de betaling van de schadeloosstelling, zelf in het herstel der schade, door eigen middelen voorzien heeft (*vgl. Pand.B.*, Tw. *Préjudice*, nr. 226; ASSER/RUTTEN, blz. 526).

Aanspraak en aansprakelijkheid bestaan immers op het ogenblik waarop de actuele of toekomstige schade door de onrechtmatige daad veroorzaakt zeker vaststaat (zie boven, nr. 150 en nr. 158).

Alle schade uit vertraging van het herstel dient vergoed te worden. De zogenaamde vergoedende interesten zijn dan ook de vergoeding voor het uitstel van de betaling van het door de aangesprokene verschuldigde bedrag (Cass., 12 juli 1943, *Pas.*, 1943, I, 296; *R.G.A.R.*, 1947, 3996; Cass., 24 jan. 1966, *Pas.*, 1966, I, 658; Mons, 2 nov. 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10.108; Pol. Charleroi, 13 nov. 1981, *R.G.A.R.*, 1982, 10.553; J.L. FAGNART, *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile*, 1968-75, Brussel, 1976, nr. 170, blz. 140).

In die zin zouden deze interesten dan ook wel moratoire interesten kunnen genoemd worden.

Het blijkt echter voorzichtiger en duidelijker dit niet te doen, opdat men dit herstel, dat evenzeer onder de vorm van één enkele hoofdsom zou kunnen verwezenlijkt worden (M. HEILIER, *Essai sur les intérêts*,

Rec.Jur. Nivelles, 1969, blz. 116), niet zou verwarren met de moratoire interesten van art. 1153 B.W. ter zake van contractuele wanprestatie, die door deze bepaling forfaitair beperkt zijn.

Welnu de door art. 1153 B.W. voorgeschreven forfaitaire begrenzing van de schade uit verwijl bestaat slechts waar de verbintenis uit overeenkomst een welbepaalde geldsom tot voorwerp had (Cass., 17 jan. 1929, *Pas.*, 1929, I, 63; Cass., 22 mei 1953, *Pas.*, 1953, I, 735; Cass., 25 juni 1953, *Pas.*, 1953, I, 858), en niet de verbintenis tot laten waarvan art. 1382 B.W. de sanctie verschaft (*vgl.* SOURDAT, I, blz. 101, nr. 109).

Men dient echter, afgezien van deze kwestie van terminologie, voor ogen te houden dat, langs de ene kant, de schade voortspruitend uit het verwijl van de betaling der schadeloosstelling dient vergoed te worden en dat aan de andere kant, wanneer de vergoede interesten toegewezen worden, zij tot herstel van deze schade strekken, als schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W. (Cass., 24 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 155; Cass., 12 juli 1943, reeds aangehaald; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2297, blz. 597 e.v., *vgl.* JOSSERAND, II, nr. 603, blz. 293).

Deze interesten op de hoofdsom van de schadeloosstelling uit artikel 1382 B.W. zijn dus een deel van deze schadevergoeding zelf; daarom worden zij vergoedende interesten genoemd.

B. GEVOLGEN

332 Uit de aard van deze toewijzing, als bijzondere vorm van schadeloosstelling, ontstaan zeer belangrijke gevolgen. Vooreerst is de rechter vrij, mits een passend antwoord op de besluiten, en mits hij binnen de perken van het gevorderde bedrag blijft, de schadeloosstelling te splitsen in een hoofdsom en interesten, ofwel slechts één enkele hoofdsom toe te wijzen (DEMOGUE, IV, nr. 468, blz. 133; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 682, blz. 922; SAVATIER, II, nr. 620, blz. 205; DE PAGE, II, nr. 1028, blz. 1073; DALCQ, II, nr. 4246; S. ROUFFY, *Les intérêts en matière de responsabilité, R.G.A.R.*, 1955, 5624; HEILIER, *a.w.*, *Rec.Jur. Nivelles,* 1969, 116; Cass., 31 jan. 1896, *Pas.*, 1896, I, 79 met de conclusie van MELOT; Rb. Brussel, 11 april 1891, *Pand.Pér.*, 1891, nr. 640; Rb. Antwerpen, 7 febr. 1963, *R.W.*, 1962-63, 1903; *vgl.* uitspraken die hoofdsom en interesten vermengen in één bedrag: Brussel, 9 juni 1945, *Bull.Ass.*, 1945, 279; Brussel, 28 dec. 1949, *R.G.A.R.*, 1950, 4635; Luik, 16 jan. 1952, *J.Liège,* 1952, 281; Brussel, 21 dec. 1971, *Pas.*, 1972, II, 41; *J.T.*, 1972, 120; *vgl.* M. en L. MAZEAUD, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1952, nr. 38, blz. 229.

333 Vermits de vergoedende interesten een deel van de schadeloosstelling uitmaken, waaraan slechts een bepaalde vorm, de gedaante van interesten, gegeven wordt, dienen de tot aan de dagvaarding vervallen interesten medeberekend te worden bij de hoofdsom om de bevoegdheid en de aanleg te bepalen. Het gezamenlijke bedrag maakt immers het voorwerp uit van de eis (Cass., 22 febr. 1952, *Pas.*, 1952, I, 366; Gent, 28 juni 1954, *R.W.*, 1954-55, 1803; HEILIER, *a.w.*, *Rec.Jur. Nivelles,* 1969, blz. 117).

Dit is niet het geval voor de gerechtelijke intresten die slechts uit de eis voortspruiten (*Rép.P.Dr.B.*, *Compétence en matière civile et commerciale,* nr. 958 e.v.; DALCQ, II, nr. 4249).

In Frankrijk heeft men hieruit willen besluiten dat indien de vergoedende interesten, bij de hoofdsom

gevoegd, het verzekerde bedrag overtreffen, het overschot niet door de verzekering zou gedekt zijn (Douai, 7 juni 1928, *R.G.A.R.*, 1928, 399; Cass.fr., 12 nov. 1941, *Rec.Dall.*, 1942, 97, met noot NAST).

In België wordt integendeel meestal geoordeeld dat, waar de herstelplicht ontstaat op het ogenblik van de schade, op dezelfde dag ook de verbintenis van de verzekeraar van de verzekerde aansprakelijke ontstaat. De verzekeraar zou dan ook — behoudens ondubbelzinnig andersluidend beding (zie b.v. Kh. Brussel, 5 okt. 1935, *R.G.A.R.*, 1936, 2113; Kh. Antwerpen, 13 maart 1939, *R.G.A.R.*, 1940, 3220) — gehouden zijn tot betalen van de interesten op de door hem verschuldigde hoofdsom, zelfs al wordt zodoende het verzekerde bedrag overschreden (R. PIRET, *De la portée de la clause limitant à une somme déterminée la garantie donnée par l'assureur de responsabilité civile*, *R.G.A.R.*, 1933, 1123; P. LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, nr. 385, blz. 340; R. VANDEPUTTE, *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, blz. 69; FREDERICQ, III, nr. 333, blz. 445 e.v.; Brussel, 28 mei 1927, *Belg.Jud.*, 1927, 553; *R.G.A.R.*, 1927, 136; Gent, 3 maart 1932, *Pas.*, 1932, II, 144; *R.G.A.R.*, 1933, 1200; Gent, 18 jan. 1952, *R.W.*, 1951-52, 1553; *R.G.A.R.*, 1952, 5007 Rb. Luik, 12 dec. 1927, *R.G.A.R.*, 1928, 364).

Nochtans, door het feit dat de vergoedende interesten een integrerend deel zijn van de schadeloosstelling, maken zij ook deel uit van het verzekerd bedrag dat een bepaald plafond heeft. De verzekeraar is dan ook slechts gehouden tot de betaling van deze interesten, in zover zij, samen met de hoofdsom, het verzekerde bedrag niet overtreffen (DALCQ, II, nr. 4250; PIRSON/DE VILLÉ, II, nr. 379, blz. 361 e.v.; F., noot onder Gent, 18 jan. 1952, *R.Crit.J.B.*, 1953, 26; Brussel, 13 jan. 1937, *R.G.A.R.*, 1937, 2355; Rb. Luik, 6 juni 1955, *J.Liège*, 1955-56, 12; Gent, 22 nov. 1958, *R.W.*, 1958-59, 1460).

Juister blijkt de oplossing volgens dewelke de verbintenis van de verzekeraar ontstaat op het ogenblik van het schadegeval, maar onder schorsende voorwaarde dat de verzekerde als aansprakelijke zal veroordeeld zijn.

Deze stelling liet tevens toe dat de driejarige verjaring van de vordering tegen de verzekeraar (art. 32 Verzekeringswet) slechts aanvang neemt vanaf de definitieve veroordeling van de verzekerde (art. 2257, tweede lid B.W.; Gent, 2de K., 18 april 1955, *R.W.*, 1955-56, 495; *R.G.A.R.*, 1956, 5719; *vgl. Rép.P.Dr.B.*, *Assurances terrestres*, nr. 226; Brussel, 21 jan. 1909, *Pas.*, 1909, II, 90; R. VANDEPUTTE, *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, blz. 98; *anders:* FREDERICQ, III, nr. 292, blz. 396; LALOUX, *Traité des assurances*, nr. 234, blz. 201).

Door de Wet van 30 mei 1961 werd echter een 2de lid aan art. 32 Verzekeringswet toegevoegd, waarbij bepaald werd dat in geval van regresvordering van de verzekerde tegen de verzekeraar, de termijn evenwel eerst vanaf de gerechtelijke eis van het slachtoffer loopt, onverschillig of het gaat om een oorspronkelijke eis tot schadeloosstelling dan wel om een latere eis als gevolg van verergering van de schade of het optreden van nieuwe schade.

334 Vermits ten aanzien van de toe te wijzen geldsom de rechterlijke vrijheid door het bedrag van de eis beperkt is, kunnen de vergoedende interesten vanzelfsprekend niet toegewezen worden wanneer zij niet gevorderd zijn, indien hierdoor het bedrag van de eis zou overschreden zijn.

Deze veroordeling zou dan ultra petita zijn. Dit is echter niet het geval wanneer de som van hoofdveroordeling en interesten samengevoegd binnen de perken van de eis behouden blijft (*vgl.* LAURENT, XVI, nr. 327, blz. 390; S. ROUFFY, *a.w.*, *R.G.A.R.*, 1955, 5624; DALCQ, II, nr. 4251, zie ook Cass., 2 mei 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 966).

Eveneens mag de rechter een grotere hoofdsom dan de gevorderde toekennen indien de vergoedende interesten waren gevorderd en niet toegewezen, en de veroordeling

binnen de perken blijft van de som van hun bedrag met dit van de gevorderde hoofdsom.

De vergoedende interesten kunnen incidenteel in besluiten gevorderd worden, ook al werd die post in de dagvaarding vergeten. Zij maken deel uit van de schadeloosstelling van de oorspronkelijk gestelde schade. Deze aanvullende eis heeft derhalve dezelfde oorzaak en grondslag, en is daarom ontvankelijk (*Rép.P.Dr.B., Contrat judiciaire,* nr. 85; DALCQ, II, nr. 4251; art. 807-808 Ger.W.).

335 Vermits de vergoedende interesten een schadeloosstelling uitmaken, en alleen de vorm van interesten vertonen, is art. 1906 B.W. zonder toepassing, wanneer een schuldenaar bij vergissing niet toegewezen vergoedende intresten zou betaald hebben.

Hij zou derhalve op grond van onverschuldigde betaling kunnen terugvorderen (in die zin ook: LALOU, nr. 39, blz. 74 e.v.; DALCQ, II, nr. 4252).

336 Aangezien de vergoedende en gerechtelijke interesten, van interesten slechts de gedaante hebben, doch in werkelijkheid tot schadeloosstelling strekken, kunnen zij in geen enkel opzicht als een huur van geld beschouwd worden.

Hieruit volgt dat zij niet onder toepassing vallen van art. 2277 B.W., krachtens hetwelk interesten verjaren door verloop van 5 jaar (DALCQ, II, nr. 4252; DE PAGE, VII, nr. 1323, blz. 1173; Dezelfde auteur vermeldt en betwist in hetzelfde nummer sub B de andersluidende rechtspraak; *vgl.* HEILIER, *a.w., Rec.Jur. Nivelles,* blz. 118-119; Cass., 31 maart 1961, *Pas.,* 1961, I, 803).

337 Een ander gevolg hiervan is, dat deze interesten niet belastbaar zijn, aangezien zij geen inkomen zijn uit een vrijwillig aangegane belegging, maar een schadeloosstelling voor de vertraging in het verschaffen van een vergoeding voor een geleden nadeel (DALCQ, II, nr. 4252; Cass., 3 nov. 1930, *Pas.,* 1930, I, 350).

Nochtans dient opgemerkt dat ingevolge de art. 26 W.I.B. renten, pensioenen en andere gelijkaardige toelagen onder bepaalde voorwaarden toch belastbaar zijn, indien zij een volledig of gedeeltelijk herstel van een derving van winsten, baten of bezoldigingen uitmaken (*vgl.* Cass., 22 juli 1969, *Arr.Cass.,* 1969, 1085).

Hierbij kan tevens nog opgemerkt worden dat, wanneer de getroffene zelf aan de oorsprong ligt van enige vertraging in de uitkering van de schadeloosstelling, vanzelfsprekend geen vergoedende interesten verschuldigd zijn. Zo weigerde de Krijgsraad te Gent vergoedende interesten toe te kennen, daar de getroffene nagelaten had de aangestelde expert uit te nodigen binnen een redelijke termijn zijn verslag neer te leggen (Krijgsr. Gent, 23 maart 1971, *R.W.,* 1970-71, 1968; in dezelfde zin: Gent, 17 dec. 1963, *R.W.,* 1963-64, 1221; Rb. Ieper, 25 april 1963, *R.W.,* 1963-64, 1225; Corr. Dinant, 7 febr. 1966, *R.G.A.R.,* 1966, 7644; *J.Liège,* 1966-67, 75; *vgl.* Cass., 5 okt. 1970, *Arr.Cass.,* 1971, 117; *Pas.,* 1971, 97; Luik, 28 juni 1968, *Verz.,* 1970, 286; Rb. Leuven, 12 maart 1968, *R.W.,* 1968-69, 800; *zie* verder nr. 342 en 467 e.v.).

C. BEREKENING VAN DE VERGOEDENDE INTERESTEN

338 Hoe zullen deze interesten dan berekend worden, waar de rechter oordeelt dat zij een gepaste vorm van schadeloosstelling uitmaken?

De voorschriften die de schadeloosstelling uit overeenkomst beheersen zijn zonder toepassing op de schadeloosstelling uit artikel 1382 B.W. (zie boven, nr. 222 e.v.).

Vooreerst is geen enkele ingebrekestelling vereist.

Er werd reeds opgemerkt dat artikel 1382 B.W., de bekrachtiging is van een verbintenis tot laten en dat, ook voor contractuele zaken, reeds uit artikel 1145 B.W. volgt dat, bij inbreuk op een contractuele verbintenis tot laten, geen ingebrekestelling vereist is opdat schadeloosstelling verschuldigd weze. Vermits de interesten op de hoofdsom van de schadeloosstelling — die trouwens primair in specifieke vorm moet geschieden — een bestanddeel zijn van de schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W., is de aanmaning vereist door het derde lid van artikel 1153 B.W. voor de contractuele verbintenis tot het betalen van een zekere som, ter zake zonder toepassing (Cass., 17 jan. 1929, *Pas.*, 1929, I, 63; DALCQ, II, nr. 4253; S. ROUFFY, *a.w.*, *R.G.A.R.*, 1955, 5624[2]; HEILIER, *a.w.*, *Rec.Jur. Nivelles*, blz. 114; LAURENT, XVI, nr. 327 e.v., blz. 390; *Pand.B.*, *Dommages-Intérêts*, nr. 282; DEMOGUE, IV, nr. 465, blz. 131; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2296, blz. 594; Cass., 29 okt. 1956, *Pas.*, 1957, I, 202; Luik, 28 juni 1968, *Verz.*, 1970, 286).

339 Wat zal dan het vertrekpunt zijn van waarop de vergoedende interesten kunnen gevorderd worden en toegewezen, daar geen ingebrekestelling vereist is?

Geen enkele rechtsregel maakt deze interesten van rechtswege verschuldigd vanaf een bepaalde datum, zoals dit ter zake van wanprestatie het geval is, luidens het derde lid van artikel 1153 B.W. (zie o.m. DEMOGUE, IV, nr. 468, blz. 133).

De rechter zou dus vooreerst niet verplicht zijn de interesten toe te kennen vanaf de aanmaning, moest er een gedaan zijn.

De rechter stelt het vertrekpunt soeverein vast, mits hij aldus binnen de perken van de eis blijft, en op gemotiveerde wijze rekening houdt met de besluiten (DALCQ, II, nr. 4256; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 682, blz. 922; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2297, blz. 595 e.v.; PERRET, blz. 114; LALOU, nr. 73, blz. 38 e.v.; Cass., 10 juni 1937, *Pas.*, 1937, I, 179; Cass., 17 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 178; *R.G.A.R.*, 1947, 3997; Cass., 12 juli 1943, *Pas.*, 1943, I, 296; *R.G.A.R.*, 1947, 3996; Cass., 29 okt. 1956, *Pas.*, 19; *R.G.A.R.*, 1957, 5981; Cass., 14 sept. 1964, *Pas.*, 1965, I, 38; Cass., 31 okt. 1966, *Pas.*, 1967, I, 285; Cass., 2 maart 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 607; *Pas.*, 1970, I, 568; Cass., 8 jan. 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 470; Cass., 8 sept. 1981, *Arr.Cass.*, op datum; *Pas.*, 1982, I, 27; *R.W.*, 1982-83, 22).

340 Hieruit volgt eerst en vooral dat de rechter, die vrij is om een vertrekpunt te kiezen, het dan ook moet aanduiden (Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45.

Terloops kan worden aangestipt dat het arrest, welk de aard der interesten, noch de rechtsgrond aangeeft waarop de interesten werden toegekend, dient verbroken te worden, omdat het Hof van Cassatie dan niet in staat is de wettelijkheid van de genomen beslissing na te gaan (Cass., 6 april 1961, *Pas.*, 1961, I, 835; zie verder, nr. 349).

Een veroordeling ,,met de interesten als naar rechte'', zoals wel voorkomt, zou moeten aanleiding geven tot interpretatie (R. DEMOGUE, *Trim.Dr.Civ.*, 1930, 373.

Bij gemis aan nadere aanduiding zouden de interesten, volgens verschillende auteurs, slechts vanaf het vonnis verschuldigd zijn (LALOU, nr. 74; blz. 39; L. RIPERT, blz. 151 e.v.).

In dat geval zouden echter klaarblijkelijk de zgn. gerechtelijke interesten verschuldigd zijn vanaf de eis. De eiser kan immers geen schade lijden door de traagheid van de rechtspleging.

341 Welk zal dan het vertrekpunt zijn van de vergoedende interesten opdat zij een zo juist mogelijke schadeloosstelling zouden zijn?

Een deel van de rechtspraak kent zonder onderscheid de vergoedende interesten toe vanaf het schadegeval, en dit, meestal zonder motivering (zie o.m. Brussel, 23 maart 1932, *Pas.*, 1932, II, 236; Corr. Brussel, 29 okt. 1948, *R.G.A.R.*, 1951, 4744; Gent, 3 febr. 1949, *R.W.*, 1948-49, 1101; Brussel, 17 maart 1949, *Bull.Ass.*, 1949, 516; Luik, 16 maart 1950, *Bull.Ass.*, 1950, 427; *R.G.A.R.*, 1950, 4605; Brussel, 8 jan. 1964, *R.W.*, 1963-64, 1818; Luik, 8 mei 1964, *Bull.Ass.*, 1965, 337; Brussel, 15 sept. 1965, *R.G.A.R.*, 1966, 7590; Kh. Brussel, 11 febr. 1965, *Bull.Ass.*, 1965, 957; Kh. Oostende, 6 nov. 1957, *R.W.*, 1957-58, 1303; Kh. Charleroi, 19 febr. 1971, *R.G.A.R.*, 1971, 8686; Vred. Etterbeek, 31 jan. 1972, *T.Vred.*, 1972, 296; Pol. Charleroi, 14 juni 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9377).

Deze oplossing is gesteund op een al te strakke gevolgtrekking uit het principe volgens hetwelk de herstelplicht ontstaat op het ogenblik van het schadegeval (*vgl.* OFTINGER, I, blz. 131, § 6, I, B, *in fine*).

In Frankrijk integendeel is het probleem verward door de aldaar bestaande betwisting over het ontstaan van de aanspraak op schadeloosstelling (zie boven, nr. 147). Uit de oudere stelling volgens dewelke het recht op herstel pas uit het vonnis ontstaat, werd besloten dat onmogelijk interesten vóór de uitspraak kunnen verschuldigd zijn (zie o.m. Parijs, 22 mei 1951, *Rec. Sirey*, 1951, I, 104; *Rec.Dall.*, 1950, J, 471; Cass.fr., 18 jan. 1940, *Gaz.Pal.*, 1940, I, 232).

In 1943 werd echter duidelijk geoordeeld door het Franse Hof van Cassatie: ,,Les juges du fond, saisis d'une demande de dommages-intérêts pour réparation du préjudice causé par un délit ou un quasi-délit apprécient souverainement le montant de l'indemnité due et les conditions du payement.

Ils peuvent règler cette indemnité au moyen d'une somme principale et d'une allocation d'intérêts qui sont alors des intérêts compensatoires, faisant partie intégrante des dommages-intérêts accordés à titre principal.

Et il leur est loisible, s'ils l'estiment nécessaire, d'allouer ces intérêts pour une période antérieure au jugement de condamnation, spécialement pour la période écoulée depuis le fait dommageable, à condition toutefois de la préciser dans leur décision'' (Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45; in dezelfde zin: Nancy, 26 mei 1952, *Rec.Dall.*, 1952, J, 677; NAST, noot onder Cass.fr., 12 nov. 1941, *Rec.Dall.*, 1942, 97; Lyon, 22 nov. 1954, *Rec.Dall.*, 1956, J, 628, met noot P. GERVESIE).

Uit de beslissing moet duidelijk blijken dat de interesten die toegekend worden vanaf een tijdstip dat de uitspraak voorafgaat tot vergoeding *(à titre compensatoire)* toegewezen worden (Cass.fr., 9 febr. 1961, *Rec.Dall.*, 1962, J, 20; Cass.fr., 20 dec. 1972, *Rec.Dall.*, 1973, Informations rapides 20).

Het vraagstuk vergt een meer genuanceerde oplossing.

Is de rechter vrij in de keuze van het vertrekpunt van deze interesten, dan moet hij dit evenwel zodanig bepalen dat zij een passende vergoeding zouden uitmaken van de geleden schade, noch min noch meer.

Het past dan ook dat hij dit zo zou kiezen, dat de benadeelde volledig schadeloos zou gesteld worden, noch min, noch meer.

Dit betekent dat de benadeelde moet teruggeplaatst worden in de toestand waarin het op het ogenblik van de uitspraak, en in de toekomst, zou gebleven zijn was het ongeval niet gebeurd (zie boven, nr. 220 e.v.). Weliswaar ontstaat de herstelplicht met het ontstaan van de schade en is het vonnis declaratief, in die zin dat het de aanspraak vanaf dat ogenblik erkent, en geenszins schept (zie boven, nr. 150). Doch aan de andere kant is de schade daarom niet van meet af aan onveranderlijk vastgesteld en vastgelegd. Zij kan zich vanaf dat ogenblik ontwikkelen, en de rechter zal haar begroten wanneer al haar bestanddelen te zijner kennis zijn, d.w.z. op het ogenblik van de einduitspraak (zie verder, nr. 366 e.v.).

Hieruit volgt dat in het schadeverhaal verschillende posten dienen onderscheiden te worden.

Op alle verliesposten en uitgaven dienen de interesten toegekend te worden vanaf het ogenblik waar zij zich werkelijk hebben voorgedaan, en niet vroeger.

Dit betekent dat, voor uitgaven en kosten, de interesten dienen te lopen vanaf het ogenblik waarop zij gedaan werden. Op dat ogenblik immers hadden zij dienen vergoed te worden opdat het slachtoffer geen verlies zou lijden. Dit is het geval voor de reiskosten, de uitvaartkosten, geneeskundige zorgen, e.d.m. (Brussel, 9 dec. 1936, *R.G.A.R.*, 1937, 2396; Gent, 14 maart 1944, *Bull.Ass.*, 1944, 283; Gent, 5 april 1944, *Bull.Ass.*, 1944, 292; Luik, 28 juni 1968, *Verz.*, 1970, 286; Brussel, 8 jan. 1970, *R.G.A.R.*, 1970, 8537; Corr. Brussel, 30 okt. 1946, *Bull.Ass.*, 1946, 350; Rb. Brussel, 9 april 1949, *Bull.Ass.*, 1949, 662; Rb. Oudenaarde, 9 mei 1951, *R.W.*, 1951-52, 561; Pol. Beringen, 15 dec. 1954, *R.W.*, 1955-56, 718).

Waar de benadeelde de uitgevoerde herstellingswerken of verleende zorgen nog niet betaalde, kan hij echter reeds verbonden zijn tot betaling van deze kosten, en zal zijn schuld gebeurlijk ook interesten op de hoofdsom omvatten.

In dat geval zullen deze interesten door de aansprakelijke moeten vergoed worden (S. ROUFFY, *Les intérêts en matière de responsabilité, R.G.A.R.*, 1955, 5624-2).

Om redenen van vereenvoudiging werd voorgesteld een gemiddelde datum als vertrekpunt voor de interesten te kiezen, omdat de hier besproken uitgaven meestal over een hele periode gespreid liggen (F. THOMAS, *Bull.Ass.*, 1969, blz. 177; *vgl.* Gent, 17 sept. 1979, Van Meenen t/ De Feyter en N.V. De Bij/de Vrede, *onuitg.*).

Wat herstellingskosten betreft, werd door de Rechtbank van Koophandel te Brussel geoordeeld dat „le départ des intérêts compensatoires est la date du sinistre; qu'il importe peu que la victime du préjudice ait, ou n'ait pas décaissé le montant des réparations; que le véhicule étant inutilisable le point de départ du chômage est le jour de l'accident; qu'il en va de même pour les intérêts compensatoires (Kh. Brussel, 30 dec. 1965, *J.T.*, 1966, 228; *anders:* DALCQ, II, nr. 4255).

Voor reeds verloren inkomsten dienen de interesten berekend te worden vanf het tijdstip dat zij zouden verworven geweest zijn. Daar een juiste berekening hier al te omslachtig zou zijn, zal praktisch, zoals in de praktijk na vonnis vaak gedaan wordt, een éénvormig vertrekpunt moeten gekozen worden, b.v. in het midden der bedoelde periode (zie F. THOMAS, *a.w.*, *Bull.Ass.*, 1969, blz. 178).

Op de genoegdoening voor extrapatrimoniale schade zullen de interesten

best vanaf het ongeval dienen te worden berekend. Op dat ogenblik immers had het slachtoffer de schadeloosstelling moeten ontvangen; voor de tijd die sedertdien tot aan de uitspraak verlopen is moet het slachtoffer vergoed worden (DALCQ, II, nr. 4259; S. ROUFFY, *a.w.*, *R.G.A.R.*, 1955, nr. 5624; Brussel, 25 sept. 1959, *R.G.A.R.*, 1959, 6386; *vgl.* F. THOMAS, *Bull.Ass.*, 1969, blz. 179-180 die opnieuw voorstander is om een gemiddelde datum als vertrekpunt te kiezen).

Voor toekomstige schade, die zich pas na de uitspraak zal verwezenlijken zou het weinig zin hebben een vroegere datum te kiezen. Inderdaad het toekomstig verlies wordt gekapitaliseerd op het ogenblik van het vonnis. Het is pas vanaf die datum dat het uitstel van betaling schade veroorzaakt (in die zin: PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 194*quater*, blz. 459; J. FONTEYNE, noot onder Corr. Kortrijk, 25 april 1933, *R.G.A.R.*, 1933, 1235; Rb. Brussel, 23 nov. 1934, *R.G.A.R.*, 1934, 1695; Rb. Oudenaarde, 9 mei 1951, *R.W.*, 1951-52, 561; *anders:* Hof te Amsterdam, 18 juni 1952, *N.J.*, 1952, nr. 607).

342 Behoudens de vraag naar het onderscheid van de posten ten aanzien van het vertrekpunt der vergoedende interesten, zou heel uitzonderlijk aan de benadeelde kunnen verweten worden dat de betaling niet vroeger geschiedde. Dit zou nl. het geval zijn waar hij nodeloos lang gewacht heeft vooraleer zijn vordering in te stellen, of nadat hij een voldoende aanbod van de hand gewezen heeft.

In dergelijk geval zullen de interesten kunnen geweigerd worden indien de aansprakelijke door het stilzitten van het slachtoffer een verlies heeft geleden dat in verhouding met de interesten zou kunnen gewaardeerd worden (PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 221, blz. 534; DEMOGUE, IV, nr. 468, blz. 135, voetnoot 1; zie ook nr. 337 en verder, nr. 467 e.v.).

343 Geen enkele strakke rechtsregel schrijft aldus aan de rechter een vertrekpunt voor de vergoedende interesten voor.

Evenmin vertonen de vergoedende interesten het forfaitaire karakter van de interesten uit artikel 1153 B.W., dat de schuldeiser ontslaat van het bewijs van zijn schade door uitstel van betalen.

De rechter is ter zake van schadeloosstelling uit onrechtmatige daad niet verplicht de gevorderde interesten toe te kennen op de hoofdsom vanaf een gebeurlijke aanmaning of van de dagvaarding. De schade waarvoor onder de vorm van vergoedende interesten vergoeding gevraagd wordt, wordt niet vermoed, zoals in artikel 1153 B.W., bij nalatigheid van betaling van een geldsom.

Zoals voor de hoofdschuld zelf zal deze schade echter kunnen aanvaard worden zonder nauwkeurig bewijs, op grond van de gewone menselijke ervaring, d.i. uit de gewone gang van zaken (zie boven, nr. 82 e.v.).

Waar de rechter nalaat het vertrekpunt van de vergoedende interesten aan te duiden, geeft zijn uitspraak aanleiding tot interpretatie (zie b.v. Hof te Lyon, 22 nov. 1954, *Rec.Dall.*, 1956, J, 628, met noot P. GERVESIE).

In Nederland is er sprake van schade, bestaande in compensatoire interesten, als de benadeelde een vruchtdragend bestanddeel is ontnomen of als hij het ontnomene heeft moeten vervangen met opoffering van een vruchtdragend vermogensdeel. Deze beginnen te lopen vanaf het ogenblik dat de rentederving een aanvang neemt. Het bewijs van rentederving moet door de benadeelde geleverd worden (DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 131 e.v.).

344 Even soeverein als hij het vertrekpunt kiest, mag de rechter het b e d r a g van de interesten bepalen, mits hij binnen de perken van de eis blijft.

Hij is door geen enkel wettelijk voorschrift ten aanzien van de rentevoet gebonden (DEMOGUE, IV, nr. 468, blz. 133; DEMOGUE, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1930, blz. 373; R. PIRET, *Intérêts légaux civils ou commerciaux, J.Comm.Br.*, 1946, blz. 124; Cass., 4 nov. 1948, *Pas.*, 1948, I, 609; *R.G.A.R.*, 1949, 4490; Cass., 24 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 155; Cass., 3 nov. 1953, *Pas.*, 1954, I, 152; *J.T.*, 1954, 241; Cass., 8 jan. 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 470; *Pas.*, 1973, 450; *R.W.*, 1972-73, 1951; Mons, 31 april 1969, *J.T.*, 1969, 554; Corr. Brussel, 24 juni 1960, *Bull.Ass.*, 1963, 159; Pol. Charleroi, 21 okt. 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10.032; noot onder Brussel, 8okt. 1970, *R.G.A.R.*, 1971, 8560; Cass., 8 sept. 1981, *Arr.Cass.*, op datum; *Pas.*, 1982, I, 27; *R.W.*, 1982-83, 22; Pol. Charleroi, 13 nov. 1981, *R.G.A.R.*, 1982, 10.553; *J.T.*, 1982, 400; *T.Vred.*, 1982, 22; Luik, 14 jan. 1982, *J.Liège*, 1982, 153; Corr. Hasselt, 2 dec. 1982, *Limb.R.*, 1983, 37).

Hier ook is een dubbele mogelijkheid voorhanden: ofwel bepaalt de rechter de interestvoet, ofwel heeft hij dit nagelaten.

In het eerste geval is de rechterlijke vrijheid, zoals voor heel de aangelegenheid van de begroting van de schadeloosstelling, slechts het middel, de voorwaarde om in een juist passend herstel te voorzien, terwijl de rechter er toe gehouden is zijn vonnis te motiveren ten aanzien van de besluiten van eis en verweer. Dit geldt ook voor de bepaling van het bedrag van de vergoedende interesten.

Om de rentevoet te bepalen komt, in tegenstelling met de gerechtelijke interesten (zie verder, nr. 348), noch de persoon van de aangesprokene, noch van de eiser als dusdanig in aanmerking, evenmin als de aard van het geschil, maar alleen de f e i t e l i j k n o r m a l e r e n t e v o e t, op het ogenblik waarop de interesten lopen, zodat de schade, die door de schadeloosstelling onder de vorm van interesten moet vergoed worden, volledig hersteld wordt, noch min noch meer.

Een hogere rentevoet dan de normale zou zelfs moeten toegepast worden indien het slachtoffer een bijzondere schade bewijst, b.v. indien hij zich tegen nadelige voorwaarden krediet heeft moeten verschaffen, tengevolge van het schadegeval.

Angezien de eiser hierdoor een bijzonder bestanddeel van de schade stelt, afwijkend van de gewone gang van zaken, draagt hij in dat geval de bewijslast (zie boven, nr. 82).

Wanneer de rechter omtrent de rentevoet niets bepaalde, geeft zijn vonnis aanleiding tot interpretatie. Indien de partijen het omtrent de rentevoet niet eens geraken bij de tenuitvoerlegging van het vonnis, zal om verklaring van zijn uitspraak moeten verzocht worden. Meestal echter zullen de partijen het vonnis of het arrest zelf interpreteren in die zin dat, bij stilzwijgen dienaangaande, de rechter de wettelijke rentevoet van de gerechtelijke interesten heeft bedoeld (zie hierover verder, nr. 348).

345 Benevens het vertrekpunt en het bedrag van de vergoedende interesten blijft nog een vraag omtrent hun k a p i t a l i s a t i e.

Dienaangaande is artikel 1154 B.W. evenmin van toepassing (SAVATIER, II, nr. 620,

blz. 205). De vergoedende interesten zijn een schadeloosstelling die slechts de vorm hebben van de interest. Derhalve zullen op de, voor de dagvaarding vervallen interesten, gerechtelijke interesten kunnen gevorderd worden (ASSER/RUTTEN, blz. 526 e.v.). Het is bovendien logisch en billijk dat dit zou gedaan worden, vermits zij op dit ogenblik hadden moeten betaald worden en de traagheid van de rechtspleging aan het slachtoffer geen schade mag veroorzaken.

D. GERECHTELIJKE INTERESTEN

346 Er wordt voorgehouden dat de gerechtelijke interesten evenzeer van vergoedende aard zijn en dat zij, ofschoon gerechtelijke interesten genoemd, evenzeer als de vorige een deel van de schadeloosstelling uitmaken (zie o.m. DE PAGE, II, nr. 1028, blz. 1073; DE PAGE, III, nr. 100 en 100*bis*, blz. 133). Toch komen tussen de vergoedende en de gerechtelijke interesten enkele verschilpunten voor.

Zoals reeds opgemerkt werd, dienen de gerechtelijke interesten niet medegerekend te worden bij het bedrag van de eis tot bepaling van bevoegdheid en aanleg (zie boven, nr. 333). De registratierechten worden bij toepassing van artikel 142 Wb. Registratierechten, op de vergoedende, maar niet op de gerechtelijke interesten geheven (GENIN, tweede druk, II, nr. 1474, blz. 630; DALCQ, II, nr. 4268).

347 Een ander onderscheid tussen de vergoedende en de gerechtelijke interesten is hun vertrekpunt, bij stilzwijgen van de rechter dienaangaande.

Zoals reeds opgemerkt werd, lopen de toegewezen gerechtelijke interesten, behoudens andersluidende beschikking, vanaf het instellen van de eis, dagvaarding of burgerlijke partijstelling.

Er werd wel eens beslist dat zij vanaf die datum moesten lopen (Gent, 23 febr. 1951, *R.W.*, 1951-52, 268).

Er bestaat hier echter, niet meer dan ten aanzien van de vergoedende interesten, enig wettelijk voorschrift voor de feitenrechter, die soeverein oordeelt binnen de perken van eis en verweer (Brussel (Ver.Kamers), 28 dec. 1949, *R.G.A.R.*, 1950, 4582, ter zake ging het over een geding dat negenendertig jaar had geduurd; Cass., 11 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1089).

Als algemene regel zal ten aanzien van het vertrekpunt der gerechtelijke interesten hetzelfde onderscheid dienen gemaakt te worden als voor de vergoedende interesten. In elk geval dienen zij ten laatste vanaf de uitspraak te worden toegekend (Brussel, 28 dec. 1949, *t.a.p.*).

348 Herhaaldelijk heeft het Hof van Cassatie erop gewezen dat de term gerechtelijke interesten zowel op vergoedende, als op moratoire interesten kon slaan (Cass., 29 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 924; Cass., 28 sept. 1964, *Pas.*, 1965, I, 868; Cass., 6 dec. 1965, *Pas.*, 1966, I, 447; Cass., 3 dec. 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 325; *Pas.*, 1971, I, 306; Cass., 22 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 1073; *Pas.*, 1971, I, 1021).

Bij stilzwijgen van de rechter oordeelt het Hof dat moratoire interesten werden bedoeld (Cass., 25 april 1957, *R.G.A.R.*, 1959, 6247).

Het Hof maakt dus een onderscheid in de gerechtelijke interesten. Over deze terminologische kwestie werd reeds hoger uitgeweid (zie boven, nr. 331).

Soms wordt geoordeeld dat voor de gerechtelijke interesten toepassing zou moeten gemaakt worden van de wettelijke rentevoet, bij K.B. van 10 okt. 1974 vastgesteld op 8 % (S. ROUFFY, *R.G.A.R.*, 1955, 5624).

Toch moet, wegens het vergoedend karakter van de interesten de soevereiniteit van de rechter behouden blijven, zodat hij ook hier de rentevoet kan bepalen. De schade kan inderdaad hoger of lager zijn dan de rentevoet van 8 %.

Deze zienswijze wordt door bepaalde auteurs enkel bijgetreden voor gerechtelijke interesten, toegekend vanaf het instellen van de eis tot aan de rechterlijke beslissing (DALCQ, II, nr. 4271).

Voor de moratoire gerechtelijke interesten, die echter niet kunnen lopen voor de rechterlijke beslissing die ze toekent (Cass., 20 febr. 1961, *Pas.*, 1961, I, 658; Cass., 29 nov. 1965, *Pas.*, 1966, I, 420), past men in praktijk de wettelijke rentevoet toe, ofschoon ook hier de vraag kan gesteld worden of de rechter de rentevoet niet vrij zou mogen vaststellen, aangezien deze interesten toch hetzelfde doel hebben als de hoger besproken eigenlijke vergoedende interesten (in die zin HEILIER, *a.w.*, *Rec.Jur. Nivelles*, 1969, blz. 112).

In Frankrijk wordt geoordeeld dat de moratoire interest, wegens een schuld ontstaan uit een misdrijf, slechts begint te lopen vanaf het ogenblik dat de beslissing van de rechtbank uitvoerbaar wordt (Cass.fr., 15 maart 1973, *Rec.Dall.*, 1973, Informations rapides 101; Cass.fr. 20 dec. 1973, *Rec.Dall.*, 1974, Informations rapides 17).

E. TOEZICHT VAN HET HOF VAN CASSATIE

349 Er werd reeds herhaaldelijk vastgesteld dat de vorm van het herstel tot de soevereine beoordeling van de feitenrechter behoort (zie boven, nr. 289).

Dit geldt evenzeer voor het al dan niet toekennen van schadeloosstelling onder de vorm van interesten (Cass., 31 jan. 1896, *Pas.*, 1896, I, 79, met de conclusie van MELOT; Cass., 5 okt. 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 117; *Pas.*, 1971, I, 97; *R.G.A.R.*, 1972, 8778).

Zij zijn dan van vergoedende aard, tot herstel van de schade ontstaan door het uitstel van de betaling van de hoofdsom (Cass., 10 juni 1937, *Pas.*, 1937, I, 179; Cass., 24 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 155; Cass., 12 juli 1943, *Pas.*, 1943, I, 196; *R.G.A.R.*, 1947, 3996; Cass., 24 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 658).

De vrijheid van de feitenrechter is hierin slechts beperkt door het bedrag van de eis (Cass., 17 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 178; *R.G.A.R.*, 1947, 3997).

In een gepast antwoord op de besluiten van eis en verweer, bepaalt de feitenrechter het vertrekpunt van deze interesten (Cass., 10 juli 1937, *Pas.*, 1937, I, 179; Cass., 17 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 178; *R.G.A.R.*, 1947, 3997; Cass., 12 juli 1943, *Pas.*, 1943, I, 296; *R.G.A.R.*, 1947, 3996; Cass., 31 okt. 1966, *Pas.*, 1967, 285; Cass., 2 maart 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 607; Cass., 8 jan. 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 470; Cass.fr., 18 jan. 1943, *Rec.Dall.*, 1943, 45).

De beslissing aangaande het bedrag of de aangewende rentevoet is even soeverein, binnen de perken van de eis (Cass., 24 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 155; Cass., 4 nov. 1948, *Pas.*, 1948, I, 609; *R.G.A.R.*, 1949, 4490; Cass., 8 jan. 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 470).

Steeds echter blijft de verplichting tot motiveren volledig bestaan ten aanzien der besluiten van partijen, welke ook de waarde van hun argumenten is, ook ten aanzien van de wijze van berekening der interesten (Cass., 25 juni 1945, *Pas.*, 1945, I, 190; Cass., 9 nov. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 252; Cass., 13 mei 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1016; *Pas.*, 1974, I, 939).

De feitenrechter kan echter slechts veroordelen tot het betalen van gerechtelijke interesten op de gevorderde en toegewezen hoofdsom, niet op de gerechtskosten.

De veroordeling tot het betalen van de gerechtelijke interesten op de voorschotten die door de aanspraakmakende persoon aan de gerechtelijke deskundige gestort werden is dan ook onwettig (Cass., 24 sept. 1953, *Pas.*, 1954, I, 36).

HOOFDSTUK III

NAUWKEURIGE BEGROTING EN VRIJE WAARDERING DOOR DE RECHTER

350 Er werd reeds opgemerkt dat, bij de beoordeling van een eis tot schadeloosstelling, achtereenvolgende verrichtingen van de rechter kunnen onderscheiden worden (zie de conclusie van HAYOIT DE TERMICOURT voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 573).

Vooreerst stelt hij de zekerheid van de schade vast in haar actueel of toekomstig bestaan; in deze eerste verrichting stelt de rechter de verschillende bestanddelen van deze schade vast.

De vraag of schade veroorzaakt werd, en waarin zij bestaat, gaat alle andere vragen, en meer bepaald, deze omtrent de omvang van de schade vooraf. De bewijslast en het bewijsrisico is overigens verschillend voor beide vragen (zie boven, nr. 76 e.v.).

Tussen beide komt de vraag naar de vorm van de schadeloosstelling. De rechter kiest die herstelvorm die het meest aangepast is aan de eigen aard van de schade, rekening houdend met de rechtmatige belangen van de partijen, met voorrang aan het belang van het slachtoffer (zie boven, nr. 235).

Wanneer de rechter de geldelijke herstelvorm verkiest, ofwel nagaat of deze niet bij een herstel in specifieke vorm moet gevoegd worden, ten einde een volledig herstel te verzekeren, zal de geldelijke waardering van de omvang van de schade en de begroting van het bedrag van de schadeloosstelling samenvallen, in tegenstelling b.v. met de Nederlandse en de Zwitserse wet, waarin de schadeloosstelling aan andere maatstaven dan aan de omvang van de schade alleen gemeten wordt en derhalve tot een dubbele bewerking noopt (zie boven, nr.262).

Uit de bepaling van de schade (zie boven, nr. 22) en van de schadeloosstelling (zie boven, nr. 220), die volledig objectief moet zijn (zie boven, nr. 262 e.v.) volgt dat, naar Belgisch recht, de waardering van de omvang van de schade en de begroting van de geldelijke schadeloosstelling één en dezelfde bewerking uitmaken. De schadeloosstelling moet immers de schade volledig herstellen, noch min noch meer.

De identiteit tussen de waardering van het bedrag van de schade en de begroting van de schadeloosstelling, bracht dan ook mede dat, waar de eerste besproken werd naar aanleiding van het bewijs en de bewijslast ten aanzien van de schade, de hoofdregelen van de schadeloosstelling werden aangeduid.

Deze principes dienen hier dan even opnieuw samengevat te worden om over te gaan tot een meer nauwkeurige bepaling van de inhoud van de voorschriften waardoor de begroting van de geldelijke schadeloosstelling beheerst wordt. Hierbij zullen de algemene voorschriften luidens welke het herstel *in concreto* en objectief moet zijn, een nadere toepassing krijgen.

Voor alles dient echter herinnerd te worden aan de regel die in de praktijk al te gemakkelijk vergeten wordt, maar die alle rechtsverfijning ter zake van schadeloosstelling beheerst.

Alle aanvullende regelen uit de praktijk geput, zijn slechts in zover gerechtvaardigd, als zij aan de hoofdregel volkomen toepassing verschaffen: geheel de schade, noch min noch meer, bepaalt de omvang der vergoeding; in welke vorm die ook wordt verschaft, mag de aanspraakgerechtigde in het hem toegekende herstel, verlies noch voordeel vinden (zie boven, nr. 234).

AFDELING I

SOEVEREINE BEOORDELINGSMACHT VAN DE FEITENRECHTER EN TOEZICHT VAN HET HOF VAN CASSATIE

351 Er werd reeds vastgesteld dat, alhoewel in de praktijk veelal het bestaan en het bedrag van de schade in een enkel motief vastgesteld wordt, ten aanzien van de principes evenwel het onderscheid zo duidelijk mogelijk dient gemaakt te worden tussen het bestaan van de schade en haar omvang, en dit, zowel ten aanzien van de zekerheid en van de bewijslast der partijen, als ten aanzien van de vrije beoordelingsmacht en van de motiveringsplicht van de rechter. Dit onderscheid werd dan ook vooral besproken in verband met het bestaan van de schade (zie boven, nr. 76 e.v.).

De feitenrechter oordeelt soeverein over het bestaan en de omvang van de schade, mits zijn verplichting tot motiveren na te komen, en op duidelijke en ondubbelzinnige wijze de besluiten van eis en verweer te beantwoorden (zie boven, nr. 85 e.v.; nr. 102 e.v.).

Er werd hier echter opgemerkt dat de feitenrechter niet alleen over een vrije beoordelingsmacht beschikt, maar eveneens dat op hem een vrije beoordelingsplicht rust om de schade waar zij voorhanden is, *in concreto* te erkennen en te waarderen (zie boven, nr. 239), *zonder* het begrip der schade in enige mate ook te mogen beperken (zie boven, nr. 22 e.v. en nr. 243).

Maar anderzijds heeft de herhaling van gelijkaardige schadegevallen aanleiding gegeven tot het ontstaan van een aantal vaste regelen waardoor de begroting van de schadeloosstelling meer inhoud gekregen heeft, en waarvan vele niet kunnen beschouwd worden als deductief gevonden toepassingen van het vage voorschrift uit artikel 1382 B.W.

Zij zijn integendeel inductief gevonden recht, waarvan de aard in menig opzicht verwant is met de precedenten der Engelse *Case-law*.

Het Belgische recht beschikt thans inderdaad over veel meer dan het voorschrift van artikel 1382 B.W. en 45 Sw. Het blijkt zelfs niet overdreven te zeggen dat cassatie wegens schending van artikel 1382 B.W. in werkelijkheid meer dan eens, de schending onderstelde van een der regelen waarmede het wettelijk voorschrift door de rechtspraak werd gevuld. In de volgende bladzijden zal kunnen vastgesteld worden, hoever wij thans staan van de oorspronkelijke opvatting volgens welke voor de begroting van de schadeloosstelling geen regelen geformuleerd kunnen worden omdat zij volledig zou afhangen van de beoordeling door de rechter (in die zin b.v. MERLIN, Tw. *Réparation civile*, § 111). De mogelijkheden om zich tegen een

uitspraak in cassatie te voorzien zijn hierdoor dan ook vergroot, daar het toezicht van het Hof van Cassatie op de motieven tengevolge van deze ontwikkeling verscherpt is (*vgl.* verder, nr. 386).

De rechtspraak werd klaar en bondig samengevat in een noot der *Pasicrisie:* „Constatant le caractère certain d'un dommage causé par une infraction et l'impossibilité de fixer le montant de ce dommage avec une précision mathématique, le juge l'évalue légalement *ex aequo et bono,* c'est-à-dire en tenant compte, en conscience, de tous les éléments de nature à exercer une influence sur son calcul.

Mais si une partie a régulièrement proposé un mode d'évaluation du dommage, le juge ne peut le rejeter sans donner la raison de ce rejet" (noot onder Cass., 15 mei 1950, *Pas.,* 1950, I, 652; zie ook de noot onder Cass., 2 april 1951, *Pas.,* 1951, I, 506; *vgl.* echter, Cass., 16 febr. 1956, *Pas.,* 1956, I, 622).

Wanneer de rechter bijgevolg vaststelt dat er geen precieze elementen aanwezig zijn om een zekere schade nauwkeurig te begroten, oordeelt hij *ex aequo et bono* (Cass., 5 sept. 1957, *Pas.,* 1957, I, 1384; Cass., 8 jan. 1962, *Pas.,* 1962, I, 548, Cass., 8 maart 1965, *Pas.,* 1965, I, 696; Cass., 20 mei 1965, *Pas.,* 1965, I, 106; Cass., 6 juni 1966, *Pas.,* 1966, I, 1272; Cass., 20 jan. 1969, *Arr.Cass.,* 1969, 479; Cass., 10 nov. 1969, *Arr.Cass.,* 1970, 249; Cass., 18 jan. 1971, *Arr.Cass.,* 1971, 471; Cass., 10 sept. 1974, *Arr.Cass.,* 1975, 27; *Pas.,* 1975, I, 21; Gent, 7 okt. 1971, *R.W.,* 1971-72, 1262; Luik, 26 maart 1975, *R.G.A.R.,* 1976, 9564; Mil.Ger., 27 dec. 1977, *R.G.A.R.,* 1979, 9994; Luik, 30 april 1981, *Pas.,* 1981, II, 109; Kh. Antwerpen, 11 dec. 1970, *B.R.H.,* 1973, 28; Vred. Paliseul, 10 maart 1976, *J.T.,* 1976, 412).

Een raming *ex aequo et bono* zal bijgevolg als niet gerechtvaardigd voorkomen, wanneer de rechter vaststelt dat er concrete gegevens voor een nauwkeurige begroting voorhanden zijn (noot J.F. onder Cass., 15 juni 1959, *R.G.A.R.,* 1960, 6565 met verwijzingen; Mons, 14 jan. 1969, *B.R.H.,* 1970, 190; Luik, 18 nov. 1969, *R.G.A.R.,* 1970, 8366; Brussel, 3 mei 1974, *R.G.A.R.,* 1975, 9384; Vred. Brussel, 2 jan. 1975, *Verz.,* 1975, 299).

De *ex aequo et bono* begroting heeft dus onbetwistbaar een subsidiair karakter (zie DALCQ, II, nr. 4232; Cass., 8 okt. 1956, *Pas.,* 1957, I, 102; Cass., 10 nov. 1969, *Arr.Cass.,* 1970, 249; *Pas.,* 1970, I, 223; Cass., 11 mei 1970, *Arr.Cass.,* 1970, 838; *Pas.,* 1970, I, 786; noot J.F. onder Cass., 15 juni 1959, *R.G.A.R.,* 1960, 6565; Luik, 18 nov. 1969, *R.G.A.R.,* 1970, 8366).

352 Bij ontstentenis aan besluiten is de begroting, door de feitenrechter gedaan, onaantastbaar; hij is er dan ook niet toe gehouden het door hem vastgestelde bedrag te motiveren.

Dit betreft slechts de geldelijke veroordeling.

In een veroordeling tot herstel in specifieke vorm zou b.v. uit de altijddurende aard van het herstel kunnen blijken dat er geen overeenstemming bestaat tussen schade en schadeloosstelling. Dit was het geval waar aanplakking zonder tijdsbepaling was voorzien (zie boven, nr. 301).

Ofschoon enkele arresten van het Hof van Cassatie de indruk zouden kunnen wekken dat, wanneer de rechter de schadeloosstelling *ex aequo et bono* begroot, hij daartoe uitdrukkelijk zou moeten vaststellen dat de schade niet voor nauwkeurige begroting vatbaar is (zie b.v. Cass., 15 mei 1950, *Pas.,* 1950, I, 652;

Cass., 25 okt. 1948, *Pas.*, 1948, I, 600), blijkt toch bij nader toezicht dat de afwezigheid van besluiten waarin een precieze begroting zou zijn voorgesteld, volstaat opdat de rechter steeds, zonder enige motivering, tot een begroting *ex aequo et bono* zou mogen overgaan (Cass., 17 okt. 1938, *Pas.*, 1938, I, 316; *R.Dr.Pén.*, 1939, 83; Cass., 28 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 162; Cass., 28 jan. 1946, *Pas.*, 1946, I, 46; Cass., 3 mei 1948, *Pas.*, 1948, I, 293; *R.G.A.R.*, 1949, 4422; Cass., 20 dec. 1948, *Pas.*, 1948, I, 735; Cass., 28 nov. 1949, *Pas.*, 1950, I, 188; Cass., 13 maart 1950, *Pas.*, 1950, I, 495; Cass., 27 april 1950, *Pas.*, 1950, I, 596; Cass., 4 dec. 1950, *Pas.*, 1951, I, 196; Cass., 11 dec. 1950, *Pas.*, 1951, I, 214; Cass., 2 febr. 1959, *Pas.*, 1959, I, 564).

Als een voldoende motivering kan beschouwd worden, de vaststelling dat de schade gelijk is aan een bedrag dat overeenstemt met het in het beschikkend gedeelte van het vonnis toegewezen bedrag; of nog, dat schade vaststaat die door dat bedrag zal hersteld worden. Een meer uitdrukkelijke rechtvaardiging van het bedrag is overbodig aangezien de schadeloosstelling aan geen andere maat dan aan het bedrag der schade mag gemeten worden.

353 Indien, steeds in de veronderstelling dat er geen besluiten geformuleerd zijn, de rechter zijn uitspraak uitvoeriger motiveert, zijn deze motieven aan het toezicht van het Hof van Cassatie onderworpen zoals in alle andere gevallen, en een vonnis dat gesteund is op dubbelzinnige of tegenstrijdige motieven, zou gelijkstaan met een helemaal niet gemotiveerde uitspraak (GESCHÉ, *Des motifs des jugements et arrêts, Belg.Jud.*, 1935, 97, vooral 100; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Jugements et arrêts*, nr. 421 e.v.; zie o.m. Cass., 27 febr. 1950, *Pas.*, 1950, I, 455; Cass., 3 juli 1950, *Pas.*, 1950, I, 796; Cass., 22 dec. 1967, *Arr.Cass.*, 1968, 597; *Pas.*, 1968, I, 558; Cass., 6 maart 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 894; *Pas.*, 1968, I, 845; Cass., 20 jan. 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 491).

M.a.w. de uitgedrukte redenen moeten werkelijk tot grondslag kunnen dienen voor het beschikkend gedeelte van het vonnis.

354 Indien echter in eis of verweer besluiten genomen werden heeft de rechter een veel zwaardere verplichting.

Uit de motieven van de uitspraak moet blijken dat de voorgebrachte middelen ernstig werden onderzocht; het gaat hier dus over meer dan een vormvoorschrift (GESCHÉ, t.a.p.). De plicht tot motiveren in verband met de omvang van de schade en het bedrag van de schadeloosstelling blijkt tamelijk streng opgevat te zijn.

Telkens wanneer één der partijen, in dagvaarding of besluiten, een nauwkeurige berekening voorstelde, moet de rechter de redenen opgeven waarom hij deze verwerpt. Dit geldt zowel ten aanzien van de eis (Cass., 24 jan. 1949, *Pas.*, 1949, I, 70; Cass., 16 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 596; *J.T.*, 1952, 362, dit arrest betreft contractuele aansprakelijkheid, maar de principes zijn dezelfde; Cass., 8 okt. 1956, *Pas.*, 1957, I, 102; Cass., 20 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1198; Cass., 24 dec. 1962, *Pas.*, 1963, I, 503; Cass., 8 nov. 1963, *Pas.*, 1964, I, 269; *R.G.A.R.*, 1964, 7355; Cass., 8 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 696; Cass., 20 jan. 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 479; Cass., 11 mei 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 838; Pas., 1970, I, 786; Cass., 11 jan. 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 458; Cass., 7 okt. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 172; Cass., 30 sept. 1980, *Arr.Cass.*, 1980-81, 104; *Pas.*, 1981, I, 103) als ten aanzien van het ver-

weer (zie o.m. Cass., 17 april 1937, *Pas.*, 1937, I, 117; *R.G.A.R.*, 1937, 2428; Cass., 31 maart 1941, *Pas.*, 1941, I, 104; Cass, 4 okt. 1948, *Pas.*, 1948, I, 540; *R.G.A.R.*, 1949, 4461; Cass., 22 juli 1949, *Pas.*, 1949, I, 565; Cass., 12 juni 1950, *Pas.*, 1950, I, 716; Cass., 7 sept. 1950, *Pas.*, 1950, I, 849; Cass., 22 jan. 1951, *Pas.*, 1951, I, 317; Cass., 18 juni 1962, *Pas.*, 1962, I, 1171; Cass., 23 dec. 1963, *Pas.*, 1964, I, 428; Cass., 6 maart 1967, *Arr.Cass.*, 1967, 840; *Pas.*, 1967, I, 822; Cass., 12 mei 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 893; Cass., 3 dec. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 391; Cass., 22 febr. 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 736; *R.W.*, 1978-79, 1273).

Er moet hier dan wel een werkelijk nauwkeurige begrotingswijze voorgesteld zijn; het beroep op de „gebruikelijke rechtspraak" geldt niet als dusdanig (Cass., 5 jan. 1953, *Pas.*, 1953, I, 297).

In talrijke gevallen werd de aangevochten beslissing verbroken daar het niet volstond de schade of de schadeloosstelling *ex aequo et bono* te begroten, zonder aan te duiden waarom de precieze berekeningswijze of de betwisting van het bedrag, door één van de partijen aangevoerd, verworpen werd (zie b.v. Cass., 20 aug. 1963, *Pas.*, 1963, I, 1153; Cass., 8 nov. 1963, *Pas.*, 1964, I, 269; Cass., 17 jan. 1966, *Pas.*, 1966, I, 636; Cass., 11 mei 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 838; *Pas.*, 1970, I, 786; Cass., 11 jan. 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 458; Cass., 7 okt. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 172; Cass., 12 april 1976, *R.G.A.R.*, 1977, 9748; *Pas.*, 1976, I, 893).

Deze verplichting bestaat altijd, welke ook de waarde van de besluiten mag zijn (Cass., 15 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 645; Cass., 27 okt. 1950, *Pas.*, 1951, I, 104 met noot).

355 De rechter zal in deze gevallen niettemin de schadeloosstelling *ex aequo et bono* mogen vaststellen, wanneer het onmogelijk is de schade op nauwkeurige wijze te begroten. Deze onmogelijkheid is daartoe dus een materieel vereiste.

Ten aanzien van de formele motiveringsplicht moet, nu er besluiten zijn, deze onmogelijkheid in het vonnis vastgesteld worden. Alleen in dit formeel opzicht kan het Hof van Cassatie deze uitspraak toetsen, aangezien de vaststelling van de onmogelijkheid om nauwkeurig te begroten aan de soevereine beoordelingsmacht en derhalve aan het geweten van de feitenrechter voorbehouden is (Cass., 10 okt. 1940, *Pas.*, 1940, I, 249; Cass., 28 juni 1948, *Pas.*, 1948, I, 413; *R.G.A.R.*, 1949, 4423; Cass., 14 febr. 1949, *Pas.*, 1949, I, 127; Cass., 20 febr. 1950, *Pas.*, 1950, I, 430; Cass., 25 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1169; Cass., 24 dec. 1962, *Pas.*, 1963, I, 503; Cass., 20 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 1006; Cass., 17 jan. 1966, *Pas.*, 1966, I, 636; Cass., 16 mei 1966, *Pas.*, 1966, I, 1173; Cass., 6 maart 1967, *Arr.Cass.*, 1967, 840; *Pas.*, 1967, I, 822; Cass., 10 nov. 1969, *Arr.Cass.*, 1970, 249; Cass., 11 mei 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 838; *Pas.*, 1970, I, 786; Cass., 18 jan. 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 471; Cass., 10 sept. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 27; *Pas.*, 1975, I, 21).

AFDELING II

PRIMAIRE VERPLICHTING OM DE SCHADELOOSSTELLING NAUWKEURIG TE BEGROTEN

356 Uit hetgeen voorafgaat kan dus besloten worden dat naar Belgisch recht de

rechter primair verplicht is de schadeloosstelling nauwkeurig te begroten. Alleen waar zulks onmogelijk is, kan hij de schade *ex aequo et bono* begroten. De vaststelling van deze onmogelijkheid is vereist ten aanzien van de formele motiveringsplicht, indien een der partijen een nauwkeurige berekening voorstelde, en zulks op straffe van cassatie.

AFDELING III

VERPLICHTING OM EX AEQUO ET BONO TE BEGROTEN, INDIEN DE OMVANG VAN DE SCHADE, WAARVAN HET BESTAAN ZEKER IS, VOOR GEEN NAUWKEURIGE BEGROTING VATBAAR IS

357 Indien de feitenrechter primair verplicht is de schadeloosstelling nauwkeurig te begroten, en indien de begroting *ex aequo et bono* aldus voor hem een vermogen is, in die gevallen waar een nauwkeurige begroting uit de aard der zaak uitgesloten is, dan dient evenzeer vastgesteld te worden dat hij verplicht is de schadeloosstelling *ex aequo et bono* te begroten, in die gevallen waar de schade zeker is in haar bestaan, doch onzeker in haar omvang.

Deze regel werd reeds gevonden naar aanleiding van het onderscheid tussen het bestaan en het bedrag der schade ten aanzien van de bewijslast. De regel kon als volgt geformuleerd worden: de moeilijkheid om de omvang van de schade, en dus ook het bedrag van de schadeloosstelling te begroten, vermindert noch haar werkelijkheid, noch de zekerheid van haar bestaan en ontslaat er derhalve de rechter niet van het herstel te bevelen (zie boven, nr. 234).

Een interessante toepassing van dit principe biedt een beslissing van het Hof van Beroep te Antwerpen. Het Hof oordeelde dat, ofschoon de omvang van de schade, veroorzaakt door de verkoop van aardappelen aan andermans kliënteel, op een wijze strijdig met de eerlijke concurrentie, niet precies te bewijzen was, deze schade *ex aequo et bono* diende begroot te worden (Antwerpen, 19 dec. 1978, *R.W.*, 1978-79, 1795).

358 Het gaat dan ook niet op de schade te begroten op het symbolisch bedrag van 1 fr. omdat haar bedrag niet nauwkeurig bewezen is, zoals wel eens uitzonderlijk gevonnist werd (Brussel, 13 mei 1949, *R.W.*, 1948-49, 1365; Rb. Mechelen, 25 sept. 1950, *R.W.*, 1950-51, 1000. In beide gevallen ging het er echter om op zichzelf uitzonderlijke schadevorderingen van een publiekrechtelijke rechtspersoon; zie ook DALCQ, II, nr. 4233.

Even uitzonderlijk is het arrest van het Hof van Cassatie waarbij geoordeeld werd „dat de rechter die de redenen aangeeft waarom de door eiseres voorgestelde schattingsbasis van de schade niet kan worden aangenomen, alsmede de redenen waaruit blijkt dat de schatting slechts naar billijkheid kan worden gedaan, heeft kunnen beslissen, zonder zich tegen te spreken en zonder de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen te schenden, dat voornoemd nadeel op één frank moest worden geschat" (Cass., 31 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 717; zie in zelfde zin Rb. Turnhout, 7 okt. 1977, *R.G.A.R.*, 1978, 9951).

Het bovengestelde principe werd door het Hof van Beroep te Brussel bevestigd, inzake de wetgeving op de auteursrechten. Het Hof begrootte in een gemotiveerd arrest de reële schade op 50.000 fr., waar de eerste rechter slechts een symbolische frank had toegekend (Brussel, 8 juni 1978, *Ing.Cons.*, 1978, 318).

Ook in Frankrijk wordt het begroten van de schade op een symbolische frank verworpen (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2332, blz. 658; Cass.fr., 28 febr. 1956, *J.C.P.*, 1956, II, 9520).

Dit standpunt werd bekrachtigd waar het Franse Hof van Cassatie een arrest verbrak, waarin een principepsveroordeling tot het betalen van een bedrag, beneden de waarde der werkelijk geleden schade, was uitgesproken (Cass.fr., 28 nov. 1962, *Gaz.Pal.*, 1963, 1108).

AFDELING IV

DE BEGROTING EX AEQUO ET BONO

359 Er dient nu verder onderzocht te worden waarin de begroting *ex aequo et bono* bestaat.

Deze uitdrukking, die van oudsher in rechtspraak en rechtsleer voorkomt zonder enige verantwoording of verklaring, blijkt uiterst dubbelzinnig te zijn.

Letterlijk betekenen deze latijnse termen niets anders dan: in billijkheid (*vgl.* CAPITANT, *Vocabulaire juridique,* Tw. *Ex aequo et bono),* terwijl één van de verschillende betekenissen van dit laatste woord, vooral waar het een oordeel kwalificeert, op een tegenstelling met de regelen van het recht duidt (*vgl.* CAPITANT, *Vocabulaire juridique,* Tw. *Equité,* II; A. FOCKEMA, Tw. *Billijkheid;* DE PAGE, I, derde druk, nr. 13, blz. 23; MAYNE, *Ancient Law,* uitg. *The World's Classics,* London (1946), blz. 23; ARISTOTELES, *Ethica,* V, 10, 6). Aldus rijst onmiddellijk de vraag of in de gevallen, waar de rechter *ex aequo et bono* mag of moet begroten, hierdoor bedoeld wordt dat deze begroting in billijkheid mag geschieden in de zin van een afwijking van de regelen van het recht, m.a.w. volgens de regel: *aequum est id ipsum quo lex corrigitur (vgl.* ook P. FORIERS, noot onder Cass., 19 febr. 1955, *R.Crit.J.B.*, 1956, blz. 85 e.v.). M.a.w. in die zin is de billijkheid niets anders dan de tegenstelling met de *rigor iuris.*

360 Dit is het geval in het buitenlandse afwijkend recht, waarin de wetgever zelf de rechter naar *sein Ermessen* verwijst, en dit nader bepaalt als een verplichting om „naar recht en billijkheid" te beslissen (art. 8 Z.G.B.; *vgl.* PAN J. ZEPOS, *Der Schadenersatz nach Ermessen der Richter im Griechischen Zivilgesetzbuch, Festschrift für Martin Wolff,* Tübingen (1952), blz. 169).

Maar indien, in dergelijke teksten, billijkheid ongetwijfeld de welbepaalde betekenis heeft van afwijking van het recht — m.a.w. een gemilderde schadeloosstelling vereist — dan volgt die zin niet uit het vrije *Ermessen,* uit de soevereine beoordelingsmacht, maar wel uit de aldaar geldende voorschriften betreffende de rechterlijke machtiging van de schade, de *Ersatzbemessung* (zie boven, nr. 262 e.v.).

Dit buitenlands recht is daarin, zoals reeds uitvoeriger aangetoond werd, afwijkend recht.

Het voorschrift van artikel 1386*bis* B.W. is evenzeer afwijkend recht. De begroting van de schadeloosstelling door abnormalen verschuldigd, waar deze volgens de strenge regel van het recht niets verschuldigd zouden zijn, is in billijkheid te begroten in de laatste zin van dit woord.

Deze begroting in billijkheid is een afwijking van het algemene voorschrift van artikel 1382 B.W. (*vgl.* DE PAGE, I, nr. 13, B, blz. 26; Cass., 5 juni 1953, *Pas.*, 1953, I, 772).

361 De in de rechtspraak gebruikte terminologie *ex aequo et bono* laat niet toe te

besluiten tot een afwijking van de regel van het objectieve herstel (zie boven, nr. 262 e.v.).

De uitdrukking stamt uit het Romeinse recht waarin ze diende tot aanduiding van de tegenstelling met het vooraf getarifieerde. De vordering was *in bonum et aequum conceptum,* wanneer het bedrag van de veroordeling begroot wordt volgens het concrete geval (P. GIRARD, *Droit Romain,* vierde druk (1906), blz. 400). Het woord billijkheid, *œquum,* in dit verband betekent hier niets anders dan: zo goed mogelijk aan de concrete werkelijkheid aangepast.

Dit is ook de zienswijze van het Hof van Cassatie ofschoon de samenvatting van een of ander arrest hieraan zou kunnen laten twijfelen (*vgl.* Cass., 3 juni 1946, *Pas.,* 1946, I, 226).

In een voorziening in cassatie werd de vraag ondubbelzinnig gesteld.

Aangevoerd was dat, vermits de schadeloosstelling alleen aan de schade mag gemeten worden, een begroting met beroep op de billijkheid inbreuk zou maken op artikel 1382 B.W. Ter zake had de feitenrechter zijn keuze van de levensduurtabel en van de kapitalisatiecoëfficiënt gemotiveerd met verwijzing naar de billijkheid. Het Hof van Cassatie oordeelde dat deze keuze aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter voorbehouden is, en dat de feitenrechter door deze keuze om redenen van billijkheid niets anders heeft willen nastreven dan een zo volledig mogelijke vergoeding van de werkelijk geleden schade (Cass., 12 juni 1943, *Pas.,* 1943, I, 296; *R.G.A.R.,* 1947, 4036 en 3996).

Hieruit blijkt dat het begrip billijkheid in de bewoordingen *ex aequo et bono* niets anders inhoudt dan de eerste zin door LALANDE aangeduid: „Sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste, en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et particulier" (LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* zesde druk, Parijs (1951), Tw. *Equité,* A).

De reeds aangehaalde noot der *Pasicrisie* omschrijft dan ook zeer juist de begroting *ex aequo et bono* als die waarin de feitenrechter rekening houdt met al de bestanddelen die van aard zijn om op zijn berekening een invloed uit te oefenen (noot onder Cass., 15 mei 1950, *Pas.,* 1950, I, 652).

M.a.w. de begroting *ex aequo et bono* onderstelt een berekening, waarin alleen rekening gehouden kan worden met de concrete bestanddelen van de schade, terwijl de schadeloosstelling alleen aan de schade kan gemeten worden.

362 Een eerste voorschrift voor deze berekening wordt geboden door de beperking van het maximum bedrag van de veroordeling door het bedrag van de eis (DALCQ, II, 4235; zie b.v. de door de rechtbank vastgestelde onmogelijkheid om de volledige schadeloosstelling toe te wijzen in Rb. Brussel, 18 sept. 1950, *Bull.Ass.,* 1951, 253), onverminderd de vrije keuze van de rechter ten aanzien van de vorm van het herstel (zie boven, nr. 289).

Er dient aan herinnerd dat het bedrag van de eis omvat de gevorderde hoofdsom met de vóór het instellen ervan vervallen en gevorderde vergoedende interesten, zodat de rechter eventueel, wanneer hij geen interesten toekent, de toegekende hoofdsom binnen de perken van deze som groter mag maken dan het door de eiser gevorderde kapitaal (zie boven, nr. 334).

De Hoge Raad der Nederlanden formuleerde het principe zeer duidelijk als volgt: „De rechter moet — mits blijvende binnen de grenzen, die de oorspronkelijke dagvaarding heeft getrokken en niet gaande boven het cijfer, dat de eischer zelf in het geding tot verevening van schade bij staat heeft gevorderd — op

grond van de voorhanden gegevens de schade desnoods zelfstandig bepalen. Hij mag derhalve niet alleen de schade berekenen op andere wijze dan in den staat is geschied, maar hij mag aan de door hem gevolgde berekening ook feitelijke gegevens ten grondslag leggen die in den staat niet zijn gesteld maar door partijen eerst in den verderen loop van het geding zijn aangevoerd" (H.R., 21 mei 1943, *N.J.*, 1943, nr. 455, met de conclusie van BERGER: aangehaald naar de samenvatting).

363 De begroting *ex aequo et bono* onderstelt de onmogelijkheid om de omvang van de schade, en derhalve het bedrag van de schadeloosstelling, met wiskundige nauwkeurigheid te berekenen.

Dit sluit echter niet uit dat zekere aanknopingspunten zouden kunnen en moeten verschaft worden.

Zo zal ter berekening van een toekomstig inkomstenverlies, waarvan de duur en het bedrag onzeker zijn, voor het eerste element een meer preciese berekening benaderd worden in de levensduurtabellen, terwijl alleen omtrent het tweede volgens de omstandigheden niets dan onzekerheid kan bestaan (b.v. vrije beroepen). Om dit laatste bedrag *ex aequo et bono* te begroten dient dan beroep gedaan te worden op alle nuttige vergelijkingspunten.

De eiser dient bijgevolg alle aanknopingspunten te verschaffen die het de rechter zouden mogelijk maken de werkelijkheid in zijn begroting *ex aequo et bono* zo dicht mogelijk te benaderen.

Het Hof van Cassatie heeft dit principe recent nog bekrachtigd waar het oordeelde dat de rechter het bedrag van de schade niet *ex aequo et bono* mocht vaststellen, wanneer de partij die beweert benadeeld te zijn, weigert de elementen voor te leggen waarover zij beschikt en waardoor, hetzij het bedrag van de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld, hetzij het *ex aequo et bono* te ramen bedrag zo nauwkeurig mogelijk mede kan worden bepaald (Cass., 8 febr. 1979 *Arr.Cass.* 1978-79, 675; *Pas.*, 1979, I, 677; *R.W.*, 1979-1980, 969).

Dit standpunt had reeds geruime tijd in de rechtspraak ingang gevonden (Gent, 2 juni 1949, *R.W.*, 1949-50, 27; Luik, 10 maart 1952, *Bull.Ass.*, 1952, 449; Corr. Hasselt, 25 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 759).

De bewijslast, in de zin van bewijsrisico rust volledig op hem, waar hij zich op een afwijking van de gewone gang van zaken zou beroepen (zie boven, nr. 87).

De weigering om aanknopingspunten te verschaffen, of zelfs nauwkeurige bewijzen, waar zulks mogelijk blijkt, zou eventueel in feite het vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken kunnen ontzenuwen (zie boven, nr. 90).

Aldus b.v. waar de aanspraakmakende persoon tot begroting van zijn inkomstenschade aanvoert dat hij naast zijn eigenlijk bedrijf ook bijverdiensten verwezenlijkt, wordt dit niet aanvaard, daar hij niet het minste gegeven hieromtrent kan voorbrengen, noch boekhouding noch om het even welk stuk (Luik, 10 maart 1952, *Bull.Ass.*, 1952, 449).

In dit verband zal een belangrijke betwisting oprijzen met de vraag of van het slachtoffer kan gevraagd worden dat het de fiscale bescheiden omtrent zijn inkomen als aanknopingspunt zou verschaffen; deze belangrijke vraag wordt verder uitvoerig besproken (zie verder, nr. 843 e.v.).

Een ander voorbeeld moge thans volstaan: waar kliniekkosten gemakkelijk door kwijtschriften of stortingsbewijzen kunnen gestaafd worden, is het integendeel niet gebruikelijk dat voor aankoop van geneesmiddelen kwijtschriften afgeleverd worden. Dergelijk bewijs kan dan ook niet van het slachtoffer gevorderd worden; bij gebrek hiervan mag en dient de rechter *ex aequo et bono* te begroten (Corr. Brussel, 29 juni 1946, *Bull.Ass.*, 1946, 233).

364.1 In geval van volledige onmogelijkheid om welk aanknopingspunt ook te verschaffen zal, zoals betoogd, de rechter, die deze onmogelijkheid erkent en ze in zijn vonnis vaststelt, niettemin de schade *ex aequo et bono* begroten, d.i. dan volkomen willekeurig, of, zoals eens voor de Hoge Raad der Nederlanden door de advocaat-generaal gezegd werd: de rechter zal er een slag in slaan (adv.-gen. BESIER, voor H.R., 23 maart 1933, *N.J.*, 1933, blz. 889).

Inderdaad, de onmogelijkheid om de schade te begroten ontslaat niet van de herstelplicht (DALCQ, II, nr. 4233; zie boven, nr. 234 en 357).

364.2 Deze onmogelijkheid blijkt in de praktijk ruim opgevat te worden, vermits hiermede af en toe het te kostelijk of te nadelig bewijs gelijkgesteld wordt.

Aldus werd gevonnist dat de schade *ex aequo et bono* dient begroot te worden zonder tot een deskundig onderzoek over te gaan, wanneer de kosten hiervan niet in evenredigheid zouden zijn tot het nut dat ervan kan verwacht worden (Luik, 3 april 1942, *Pas.*, 1943, II, 107), of met het bedrag van de eis (Rb. Kortrijk, 6 dec. 1951, i.z. Deplae t./ Van Loosveldt, *onuitg.*; Arrond. Arnhem, 12 juni 1947, *N.J.*, 1948, nr. 59; *vgl.* ook Arrond. Amsterdam, 13 april 1948, *N.J.*, 1948, nr. 642: onduldbare hoofdpijnen zouden bezwaarlijk door deskundige vast te stellen zijn, de rechtbank legt de aanvullende eed op; Rb. Dinant, 17 jan. 1949, *R.G.A.R.*, 1949, 4534: schattingseed in de zin van art. 1369 B.W.).

Het van de hand wijzen van een theoretisch mogelijke, doch om praktische redenen verworpen bewijsvoering van het bedrag, is voor cassatie onaantastbaar (Cass., 17 okt. 1938, *R.Dr.Pén.*, 1939, 83; korte inhoud alleen in *Pas.*, 1938, I, 316).

365.1 Ook in Nederland kan de rechter de omvang van de schade zelfstandig begroten en de schadeloosstelling *ex aequo et bono* vaststellen.

Volgens de Hoge Raad is de rechter bij de begroting niet aan de wettelijke bewijsregels gebonden (H.R., 25 april 1958, *N.J.*, 1958, 417; H.R., 3 febr. 1961, *N.J.*, 1961, 361; H.R., 18 april 1975, *N.J.*, 1978, 55).

Ook in het nieuw B.W. heeft de rechter de bevoegdheid gekregen de omvang van de schade te schatten. Art. 6.1.9.3. stelt dat de rechter de schade op de wijze, die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, moet begroten. Kan de schade echter niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan moet zij geschat worden (zie DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 167 e.v.; G.H.A. SCHUT, *Onrechtmatige daad*, Zwolle, 1979, blz. 77).

365.2 De begroting *ex aequo et bono* hangt dikwijls samen met de aard, met de natuur van de schade. Zo vindt men in de rechtspraak een vaststelling *ex aequo et bono* in geval van:

— het verlies van een kans (zie o.a. Mil.Ger., 27 dec. 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 9994; zie boven, nr. 103 e.v.).

— het niet kunnen deelnemen aan examens of het verlies van een schooljaar (b.v. Brussel, 3 nov. 1967, *R.W.*, 1967-68, 796; Brussel, 25 juni 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9463; Corr. Namen, 25 jan. 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10013).

— lichamelijke schade, zonder inkomstenverlies of vermindering van economische waarde op de arbeidsmarkt (b.v. Mil.Ger., 28 okt. 1975, *R.G.A.R.*, 1978, 9856; Corr. Kortrijk, 11 jan. 1977, *R.W.*, 1978-79, 519; zie verder nr. 1122 e.v.).

— morele schade (zie b.v. Brussel, 26 febr. 1975, *J.T.*, 1975, 379 met noot; Luik, 21 febr. 1978, *J.Liège*, 1978-79, 161; Rb. Leuven, 22 febr. 1977, *R.W.*, 1978-79, 984; zie verder, nr. 702 e.v.).

— gebruiksverlies van een voertuig (Kh. Brussel, 29 april 1969, *R.G.A.R.*, 1969, 8263; Corr. Bergen, 18 nov. 1975, *Verz.*, 1976, 675; Pol. Luik, 24 april 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9578; *vgl.* nochtans R.B. Brussel, 14 dec. 1981, *R.G.A.R.*, 1982, 10.550; *zie* verder, nr. 1294 e.v.).

HOOFDSTUK IV

TIJDSTIP NAAR HETWELK DE SCHADELOOSSTELLING DIENT BEGROOT TE WORDEN — GEVOLGEN

AFDELING I

HET VRAAGSTUK

366 Er werd vastgesteld, dat de aanspraak op schadeloosstelling ontstaat op het ogenblik waarop de schade verwezenlijkt is, of, waar haar toekomstig ontstaan, naar redelijke verwachting, zeker vaststaat (zie boven, nr. 150). Welnu, vanaf dat ogenblik, vóór of na het instellen van de eis, tot aan het vonnis of tot aan de gebeurlijke einduitspraak in beroep, kan een kortere of langere tijdspanne verlopen, gedurende dewelke zich in verband met de schade en haar waardering verschillende gebeurtenissen kunnen voordoen die, terecht of ten onrechte, in aanmerking schijnen te moeten komen bij de waardering van de omvang van de schade, en bij de begroting van de juist passende schadeloosstelling.

Voor de probleemstelling worden thans drie mogelijkheden, vooropgezet; zij worden hier slechts als voorbeelden vermeld en zullen verder, met het oog op de praktische oplossingen, nader besproken worden.

1) De schade zelf is vatbaar voor verandering in de zin van min of meer.

Aldus b.v. kan een invaliditeit van 30 % verergeren in een volledige arbeidsongeschiktheid, of integendeel, kan er een niet verwachte gunstige wending in de toestand van het slachtoffer vastgesteld worden.

Ook kan nieuwe, niet verwachte schade ontstaan, hetzij in hoofde van het onmiddellijk getroffen slachtoffer, hetzij in hoofde van een nieuwe aanspraakgerechtigde.

Dit is b.v. het geval waar het onmiddellijk getroffen slachtoffer tengevolge van de onrechtmatige daad overlijdt; hierdoor ontstaat nieuwe schade, en meteen nieuwe aanspraak, nl. die van de aanspraakgerechtigde nabestaanden.

2) De aanvankelijk toekomstige schade kan geheel of gedeeltelijk reeds verwezenlijkt zijn, of bepaalde bestanddelen daarvan kunnen integendeel zeker uitgesloten worden.

Aldus ook kan een invaliditeit, waarvan oorspronkelijk noch de graad, noch de duur, zeker vaststond, geconsolideerd zijn, b.v. definitief vastgesteld op 100 % gedurende twee maanden, 50 % gedurende de volgende maand, en 25 % blijvende arbeidsongeschiktheid.

Aldus kan in plaats van de vermoedelijke levensduur van de aanspraakgerechtigde, hieromtrent zekerheid verschaft zijn tengevolge van zijn overlijden.

3) De maatstaven tot begroting van de schade kunnen gewijzigd zijn, zonder dat de schade in haar intrinsieke bestanddelen enige verandering onderging.

Dit is het geval bij devaluatie, stijging van de kostprijzen, algemene verhoging van wedden en lonen, e.d.m.

367 Hieruit ontstaat een dubbel vraagstuk. Vooreerst moet bepaald worden naar welk tijdstip de rechter de schade in haar verschillende bestanddelen

dient vast te stellen, en het bedrag van de schadeloosstelling moet begroten.

Theoretisch zouden verschillende mogelijkheden in aanmerking kunnen genomen worden.

— Ofwel zou de schade in haar actuele en toekomstige bestanddelen vastgesteld worden naar het tijdstip waarop het oorspronkelijke schadegeval zich voordeed en zou de schadeloosstelling naar hetzelfde tijdstip begroot worden.

In die zin zou de schadeloosstelling wegens ontvreemding van een goed, begroot worden volgens de waarde van dit goed ten tijde van de ontvreemding of vernieling.

In die zin ook zou, — zoals verder zal blijken, ten onrechte, — de vermoedelijke levensduur van het slachtoffer bepaald worden op het ogenblik van de verwonding waardoor zijn invaliditeit veroorzaakt werd (zie verder, nr. 904 e.v.).

— Ofwel zouden schade en schadeloosstelling begroot worden naar het tijdstip van het instellen van de eis tot schadeloosstelling.

— Ofwel, ten slotte, zou de rechter de schade en schadeloosstelling begroten, naar het tijdstip dat dit van het werkelijke herstel zo dicht mogelijk benadert, d.i., praktisch het tijdstip van zijn einduitspraak.

Een tweede vraag hangt af van het antwoord op de eerste.

Waar nl. de derde oplossing als juist erkend zal mogen worden, zal moeten onderzocht worden welke latere gebeurtenissen, tussen het oorspronkelijke schadegeval en de uitspraak verwezenlijkt, in aanmerking moeten genomen worden bij de waardering van de schade en de begroting van de schadeloosstelling.

Een vraag van geheel andere aard houdt hiermee enigszins verband, maar zal wegens haar zeer bijzondere gegevens afzonderlijk moeten behandeld worden.

Zij betreft de wijzigingen in de schade na de definitieve uitspraak, of dading waarin over de eis tot schadeloosstelling beschikt werd. Deze vraag betreft hoofdzakelijk de draagwijdte van het gezag van gewijsde en van het verlenen van akte van voorbehoud.

In de eerstvolgende afdeling wordt de principiële vraag onderzocht en zal mogen vastgesteld worden dat de begroting dient te geschieden naar het tijdstip van de einduitspraak.

Nadien wordt een onderzoek gewijd aan de zogenaamde latere gebeurtenissen die in verband met de schade, of met de maatstaven van haar begroting, kunnen voorkomen, om na te gaan welke in aanmerking moeten komen of niet.

AFDELING II

HET PRINCIPE: BEGROTING NAAR HET TIJDSTIP VAN DE EINDUITSPRAAK

368 Het antwoord op de eerste vraag kan zonder grote moeilijkheden gegeven en verantwoord worden, in overeenstemming met de heersende rechtspraak en rechtsleer.

De schade dient in haar verschillende bestanddelen vastgesteld te worden naar het tijdstip van de einduitspraak, gebeurlijk in beroep.

Volledigheidshalve dient hier reeds vermeld dat over dit principe in de rechtspraak betwistingen zijn ontstaan, nl. inzake materiële schadebegroting waarbij in de rechtspraktijk tarificaties worden gehanteerd, b.v. in geval van gebruiksderving van voertuigen (zie verder, nr. 1294 e.v.).

Hoger vermeld beginsel, begroting naar het tijdstip van de einduitspraak, blijft echter de regel.

Naar hetzelfde tijdstip kiest de rechter de best passende vorm van schadeloosstelling.

Waar de schade in geld moet hersteld worden, begroot hij, naar hetzelfde tijdstip, — daarin slechts door het bedrag van de eis beperkt, — de geldelijke schadeloosstelling.

Hij spreekt zijn veroordeling uit in de, op dat ogenblik, wettelijke munteenheid.

Deze verschillende stellingen, zullen thans nader onderzocht en verantwoord worden.

369 Vooreerst kunnen de twee andere theoretisch mogelijke tijdstippen die de einduitspraak voorafgaan, gemakkelijk uitgesloten worden.

Het schadegeval zelf doet ongetwijfeld de aanspraak op schadeloosstelling ontstaan (zie boven, nr. 150). De schade is echter vanaf dat ogenblik in vele gevallen uiteraard vatbaar voor aangroei of vermindering.

Indien bijzondere herstelwetten bepalen dat de schade op het ogenblik van het schadegeval gewaardeerd moet worden, gelden zij evenwel als bijzonder recht, *lex specialis,* die, waar zij afwijken van de algemene regel, — een juist passende schadeloosstelling, — niet tot het toepassingsgebied van artikel 1382 B.W., de *lex generalis,* kunnen uitgebreid worden door analogie.

Dit is o.m. het geval met artikel 20 van de Verzekeringswet van 11 juni 1874, dat ter zake van schadeverzekering, bepaalt dat de schade begroot moet worden volgens de waarde van de zaak ten tijde van het schadegeval; het artikel 23 van de Wet van 12 mei 1927 betreffende de opeisingen, luidens hetwelk de schade, aan het opgeëiste goed veroorzaakt tijdens de duur van de opeising, begroot wordt volgens de verkoopswaarde op het ogenblik van de schade.

In dit verband kan, vanuit historisch oogpunt, nog het nu opgeheven art. 38 van de Wet van 24 juli 1921 betreffende het bezitsverlies van titels aan toonder aangehaald worden.

Volgens dit artikel diende de vergoeding begroot te worden naar de waarde van het effect op 1 augustus 1914 of op het ogenblik waarop het verworven werd, indien dit later dan de vermelde datum geschiedde.

370 Het vraagstuk, noch de oplossing ervan, kunnen beïnvloed worden door de zogenaamde declaratieve aard van het vonnis, waardoor over het bestaan en de omvang van de aanspraak op schadeloosstelling beschikt wordt.

Er kon reeds vastgesteld worden dat de kwalificatie van de uitspraak als declaratief, niet dienstig kan zijn voor het bepalen van het ogenblik waarop de aanspraak op schadeloosstelling ontstaat (zie boven, nr. 148). Voor de thans behandelde vraag kan deze kwalificatie evenmin van nut zijn.

Het voorafbestaan van de aanspraak op schadeloosstelling, vóór het vonnis dat ze toewijst, sluit geenszins uit dat de schade, — die op het ogenblik dat haar actueel of toekomstig bestaan zeker is de aanspraak deed ontstaan (zie boven, nr. 150), — nog moet gewaardeerd worden naar haar omvang.

Welnu deze omvang is voor aangroei en vermindering vatbaar; de maatstaven om hem te begroten kunnen gewijzigd zijn, door devaluatie, vermindering in de koopkracht e.d.m. Omtrent waarschijnlijke toekomstige schade kan zekerheid gekomen zijn in bevestigende en ontkennende zin, b.v. doordat het slachtoffer overleden is, de wedden en de lonen heraangepast werden, enz.

Er wordt thans algemeen aangenomen dat het voorafbestaan van de aanspraak op schadeloosstelling, die in de uitspraak door de rechter begroot wordt naar haar omvang, geenszins belet dat deze zijn begroting moet doen naar het tijdstip van zijn uitspraak (zie o.m. PIRET, noot onder Cass., 7 febr. 1946, *R.Crit.J.B.*, 1948, 134; Gent, 5de K., 18 febr. 1952, t.z. V.D. t./D.P. en A.B.V.V., *onuitg.*; Luik, 18 febr. 1975, *Pas.*, 1975, *Pas.*, 1975, II, 110; Corr. Dinant, 25 okt. 1948, *R.G.A.R.*, 1951, 4746).

In Frankrijk was een tijdlang de betwisting een onvermijdelijk gevolg van de strijd nopens het ogenblik waarop de aanspraak op schadeloosstelling zelf ontstaat (zie boven, nr. 148 e.v.). Thans echter blijkt de verwarring niet meer te bestaan: de begroting van de omvang der voorafbestaande aanspraak dient in de einduitspraak gedaan te worden, naar dat tijdstip (L. RIPERT, blz. 173 e.v.; DERRIDA, *J.C.P.*, 1951, I, 918, nr. 5; RODIÈRE, *Responsabilité civile*, nr. 1654, blz. 272 e.v.; P. GERVÉSIE, noot onder Lyon, 22 nov. 1954, *Rec.Dall.*, 1956, J, 628; R. SAVATIER, *La théorie des obligations, Précis Dall.*, 1969, nr. 259, blz. 340; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile, I, Dall.*, 1972, nr. 692 e.v., blz. 267 e.v.; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2413, blz. 788; Cass.fr., 24 nov. 1942, *Gaz.Pal.*, 1913, I, 50; Cass.fr., 15 juli 1943, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, (1950)*, door JULIOT DE LA MORANDIÈRE, blz. 287; *Cass.fr.*, 26 okt. 1949, *J.C.P.*, 1950, nr. 5310, met noot ESMEIN; *J.T.*, 1950, 173; Cass.fr., 1 juni 1959, *J.C.P.*, 1959, II, 11.206 met noot HÉMARD; *Rec.Dall.*, 1959, 454; Cass.fr., 5 febr. 1964, *Bull.*, 1964, II, nr. 110; 83; Cass.fr., 3 juni 1977, *J.C.P.*, 1977, IV, tables 195; Cons. d'Etat, 2 mei 1962, *Rev.Dr.Publ.*, 1963, 279 met noot WALINE; Rb. Bordeaux, 21 mei 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3901, met noot J. MAZEAUD; Rb. Seine, 16 juli 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3791, met noot J. MAZEAUD).

371 Het tweede theoretisch mogelijke tijdstip, het instellen van de eis, moet evenzeer uitgesloten worden. Voorzeker is de rechter in zijn soevereine beoordelingsmacht beperkt door het bedrag van de eis, onder voorbehoud van zijn keuze van de herstelvorm (zie boven, nr. 294). Maar anderzijds zal hij, binnen de perken van de in hoofdeis of aanvullende eis, gevorderde hoofdsom en vergoedende interesten samen (zie boven, nr. 334), rekening kunnen houden met alle latere gebeurtenissen die in aanmerking komen om de schade en haar omvang vast te stellen en te waarderen.

Om de oorsprong van de verwarde probleemstelling op te sporen, moet men wellicht tot het Romeinse recht teruggaan.

Enerzijds had oorspronkelijk de *Lex Aquila* met het oog op mogelijke waardeschommelingen, een bepaalde waarde van het beschadigde goed aangeduid, nl. de hoogste waarde die het goed zou gehad hebben, hetzij tijdens het jaar dat het misdrijf voorafging, — in geval van doodslag op slaven of dieren, — hetzij tijdens de maand die het misdrijf voorafging, — in geval van vernieling of beschadiging van andere lichamelijke zaken (JUSTINIANUS, *Instit.*, IV, III, 1 e.v.; GAIUS, *Instit.*, III, 210 e.v.).

GAIUS merkte hieromtrent reeds op dat de schadeloosstelling daardoor soms de schade overtrof (GAIUS, *Instit.* III, 214).

Wat belangrijker schijnt voor de historische verklaring van het vraagstuk, is het verstarren van het recht door het instellen van de eis. De Romeins-rechtelijke *litis contestatio* deed het recht van gedaante veranderen, en o.m. moest dit in de regel vanaf dat ogenblik als verstard, onveranderlijk, beschouwd worden (zie o.m. IHERING, *Droit Romain*, IV (vert. DE MEULENAERE), § 60, blz. 21).

Het wordt als een algemeen verschijnsel in de rechtsontwikkeling waargenomen dat, ondanks de veranderingen in de rechtspleging, de vroegere regel uit traditie blijft nawerken op het materiële recht dat zich inmiddels gevormd had. Dit werd opgemerkt zowel in het Romeinse recht (zie o.m. IHERING, *Droit Romain*, IV (vert. DE MEULENAERE), § 60, blz. 16 e.v.) als in het Engelse recht (DAVID, *Le droit privé de l'Angleterre*, blz. 217).

De Romeins-rechtelijke opvattingen nopens de *litis contestatio* zullen wellicht nagewerkt hebben, om bij sommigen te leiden tot de verstarring van de aanspraak in haar omvang ten tijde van het instellen van de eis.

372 De moeilijkheid is louter procesrechtelijk van aard

Ofschoon de uitdrukking *contrat judiciaire* in dit verband nog vaak gebruikt wordt (zie *Rép.P.Dr.B., Contrat judiciaire*, nr. 3, nr. 66 e.v.), beantwoordt zij niet aan de werkelijkheid. Er kan niet voldoende op gehamerd worden dat de idee, die hierbij uit het Romeinse procesrecht bewaard bleef, heden ten dage theoretisch onjuist is en praktisch tot misverstand en verwarring moet leiden. Weliswaar kunnen de partijen op een bepaald ogenblik van het geding een eigenlijke gerechtelijke overeenkomst, of juister een procesvergelijk aangaan voor de rechter, waarvan hun door deze akte verleend wordt en waarvoor eventueel een uitvoerbare titel in het vonnis of arrest verschaft wordt (*vgl.* Tw. *Belastingen (Verzoeningsrechtspleging)*, nr. 18). Daartoe is vereist de zekere wilsovereenstemming van de partijen die bekwaam zijn om een dading aan te gaan (zie o.m. *Rép.P.Dr.B., Contrat judiciaire*, nr. 18, *in fine*). Dit zal in vele gevallen betreffende schadeloosstelling na onrechtmatige daad niet het geval zijn, b.v. wanneer na doodslag minderjarigen als aanspraakgerechtigden optreden en derhalve het voorschrift van artikel 467 B.W. moet nageleefd worden.

Ook zou uitzonderlijk door de partijen vóór de dagvaarding kunnen overeengekomen zijn een wel omschreven betwisting aan de bevoegde rechter voor te leggen, en zou het geschil dan ook daartoe beperkt blijven. Even uitzonderlijk zou het geval kunnen voorkomen waar de aangesprokene vrijwillig verschijnt en uitdrukkelijk zijn verweer beperkt tot het bedrag gevorderd in het exploot van rechtsingang of in het verzoekschrift.

Buiten dergelijke uitzonderlijke gevallen is er helemaal geen overeenkomst, maar louter strijd tussen de partijen voor de rechter, die zijn macht en opdracht put in zijn ambt en ze geenszins uit de wil van de partijen ontving.

Het procesrecht alleen en geenszins het privaatrecht der verbintenissen, verschaft aan de partijen rechten of legt hun verplichtingen op (*vgl.* H. SIMONT, noot onder Gent, 30 sept. 1943, *R.Crit.J.B.*, 1947, 173; zie ook Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 672).

Het gaat niet op te beweren dat de aanspraakmakende persoon door een ,,gerechtelijke overeenkomst'' zou verbonden zijn, waardoor zijn aanspraak definitief begrensd is tot de bestanddelen van de schade gesteld in de dagvaarding of besluiten van burgerlijke partij en de daarin door hem voorgestelde begroting.

De enige vraag die hier werkelijk overblijft is die of, ten aanzien van het procesrecht, na het instellen van de eis, nieuwe schadeposten mogen aangevoerd worden en of een nieuwe begroting van de schade mag voorgesteld worden.

Voor de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek kon de eis, mits de grondslag, de oorzaak en het

voorwerp onveranderd bleven, door latere besluiten verminderd of uitgebreid worden; tevens kon, voor de sinds de dagvaarding ontstane schade schadeloosstelling geëist worden, op voorwaarde dat de schade uit dezelfde onrechtmatige daad voortkwam (*Rép.P.Dr.B., Contrat Judiciaire,* nr. 84 en 85; *Rép.P.Dr.B., Demande nouvelle,* nr. 95 e.v.).

Sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek heeft de eisende partij de mogelijkheid tot initiële vordering uit te breiden of te wijzigen, mits de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien de juridische omschrijving verschillend is (art. 807 Ger.W.; *vgl.* VAN REEPINGHEN, blz. 334; Cass., 24 okt. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 196; *Pas.*, 1973, I, 194; Cass., 22 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 731; Brussel, 8 juni 1971, *J.T.*, 1972, 266; Mons, 30 juni 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10.036; *Verz.*, 1979, 213).

De partijen kunnen zelfs in elke stand van het geding, zelfs bij verstek, de interesten, rentetermijnen, huurgelden en elk toebehoren, sedert de instelling van de vordering verschuldigd of vervallen, vorderen en zelfs de later bewezen verhogingen of schadevergoedingen, onverminderd de geldsommen bij schuldvergelijking verschuldigd, vorderen (art. 808 Ger.W.).

Dit kan eenvoudigweg noodzakelijk blijken omdat een of meerdere schadeposten in de dagvaarding vergeten waren (Cass., 21 juni 1962, *Pas.*, 1962, I, 1197; Rb. Bergen, 11 juni 1954, *Bull.Ass.*, 1954, 756).

Dit kan b.v. ook het geval zijn, nadat, door een deskundig onderzoek nieuwe bestanddelen van de schade, of juistere gegevens voor haar begroting zouden gekend zijn, zelfs wanneer het oorspronkelijke bedrag niet als provisie gevorderd werd, of waar geen voorbehoud gemaakt werd om het bedrag van de eis te vermeerderen (zie o.m. Brussel, 19 juli 1909, *Belg.Jud.*, 1909, 1058; Brussel, 16 mei 1958, *Pas.*, 1958, II, 175; Rb. Ieper, 14 dec. 1932, *Pas.*, 1933, III, 41; Wat de verhoging van het gevorderde bedrag betreft, na deskundig verslag in beroep bevolen, zie nr. 373).

Vanzelfsprekend moeten de partijen steeds in dezelfde hoedanigheid optreden.

Waar de erfgenamen b.v. na het overlijden van het slachtoffer het geding hernemen, kunnen zij slechts door een nieuwe dagvaarding schadeloosstelling vorderen voor de door hen persoonlijk geleden schade (zie boven, nr. 137; VAN REEPINGHEN, blz. 331 e.v.; zie ook Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel,* nr. 184).

Hetzelfde beginsel als hierboven uiteengezet, vindt men terug in het *Nederlandse recht.*

De eisende partij heeft immers de mogelijkheid om de omvang van de gestelde schade in de loop van de verdere procedure nader aan te vullen, te omschrijven of te motiveren. Hij kan aldus in de loop van het geding bijkomende schadefactoren aanvoeren (DRION, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 162).

373 De aanspraak wordt evenmin door het vonnis, in eerste aanleg geveld, op volstrekte wijze verstard.

In graad van beroep werd deze aangelegenheid vroeger hoofdzakelijk door art. 464 Rv., dat in principe elke mogelijkheid om nieuwe eisen in te stellen uitsloot, beheerst. Anderzijds liet dezelfde bepaling echter toe een schadeloosstelling te vorderen voor de sedert het aangevochten vonnis geleden schade.

Sinds het Gerechtelijk Wetboek wordt deze materie geregeld door art. 1042, waarin bepaald wordt dat ,,voor zover de bepalingen van dit boek er niet van afwijken, de regels van het geding op de rechtsmiddelen toepasselijk zijn.''

Bijgevolg kunnen later bewezen verhogingen of schadevergoedingen in elke stand van het geding, dus ook in hoger beroep en zelfs bij verstek, gevorderd worden (zie VAN REEPINGHEN, blz. 334; Cass., 3 mei 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 1031; *R.W.*, 1980-81, 330; Cass., 10 okt. 1979, *R.W.*, 1979-80, 1943; Brussel, 30 okt. 1970, *R.W.*, 1970-71, 846; *Pas.*, 1971, II, 54; Brussel, 8 juni 1971, *J.T.*, 1972, 266; Gent (10de K.), 7 nov. 1980, o.m. H.R. en L.H. t. / P.T. en R.B., *onuitg*.

Zelfs de vordering ingesteld voor de rechter in hoger beroep op verwijzing na cassatie, is geen nieuwe eis, daar de bestanddelen van de schadebegroting na het cassatiegeding nauwkeurig konden bepaald worden (Cass., 24 okt. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 196; *Pas.*, 1973, I, 194).

Dit belet echter niet dat het principiële verbod om in hoger beroep nieuwe eisen in te stellen behouden blijft, met dien verstande echter dat een vordering welke steunt op een feit of handeling die in het exploot van rechtsingang werd ingeroepen, aanvaard wordt (VAN REEPINGHEN, blz. 334; zie ook Gent (3de K.), 18 mei 1979, F.V. t/ D.J., *onuitg*.

Deze principiële uitsluiting om in graad van beroep nieuwe vorderingen in te stellen is het gevolg van de beperkte devolutieve werking van het beroep en strekt ertoe de rechten van de verdediging en de dubbele graad van jurisdictie te waarborgen (zie VAN REEPINGHEN, blz. 332 e.v.; J. MATTHIJS, *Tussenvordering, tegenvordering en tussenkomst voor het arbeidsgerecht*, *R.W.*, 1972-73, 541; Cass., 8 nov. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 319; *Pas.*, 1975, 293; Arbh. Luik, 14 maart 1975, *J.Liège*, 1975-76, 115; Brussel, 19 dec. 1979, *R.W.*, 1980-81, 733).

Een interessante toepassing biedt het hoger geciteerd arrest van het Arbeidshof te Luik. Het Hof stelt immers dat een vordering van 5000 fr. schadeloosstelling wegens tergend en roekeloos geding, voor het eerst in graad van beroep gevraagd, dient te worden afgewezen omdat enerzijds de verwerende partij van een aanleg wordt beroofd, anderzijds wegens het feit dat de kopij der conclusies van eisende partij, meegedeeld aan de tegenpartij deze vordering niet vermeldt, hetgeen strijdig is met art. 745 Ger.W. (Arbh. Luik, 14 maart 1975, *J.Liège*, 1975-76, 115).

Een vordering is nieuw wanneer zij verschilt van de oorspronkelijke eis door haar voorwerp, haar aard of haar oorzaak, haar wettelijke grond of haar gegrondheid (zie hierover VAN REEPINGHEN, blz. 331 e.v.; *vgl.* GARSONNET/CÉZAR-BRU, VI, nr. 173, blz. 333 e.v.; *Rép.P.Dr.B.*, *Appel en matière civile et commerciale*, nr. 442 e.v.; zie Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 677 e.v.; Gent (3de K), 18 mei 1979, F.V. t/ D.J., *onuitg.)*.

Niet nieuw zijn de eisen die in de oorspronkelijke vordering begrepen zijn (*Rép.P.Dr.B.*, *Appel en matière civile et commerciale*, nr. 451; zie Tw. *Beroep*, nr. 698 e.v.).

Waar de benadeelde het bedrag van zijn eis in beroep mag vermeerderen, wanneer de omvang van zijn schade toegenomen is, mag hij *a fortiori* in beroep aanvoeren dat de waarde van zijn constant gebleven schade op een hoger bedrag moet begroot worden (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2424, blz. 819; *vgl.* LALOU, (1949), nr. 65 e.v.).

Het gaat hier om de juiste uitdrukking van de oorspronkelijk gestelde schade; dienvolgens wordt door een wijziging van het bedrag, in wettelijke munt uitgedrukt,

om een constant gebleven schade juist te begroten, geenszins een graad van jurisdictie ontnomen aan de aansprakelijke.

Terecht mocht dan ook geoordeeld worden dat waar de oorspronkelijke eis tot schadeloosstelling strekte geen sprake is van een nieuwe eis in beroep, wanneer de schade niet gewijzigd is in haar bestanddelen, maar alleen tengevolge van een devaluatie, in haar numerieke uitdrukking en op die gronden een grotere schadeloosstelling geëist wordt (Luik, 5 jan. 1933, *Pas.*, 1933, II, 144).

Dezelfde principes zullen blijven gelden wanneer de onveranderd gebleven schade in graad van beroep op een hoger bedrag begroot wordt, omdat de bestanddelen van haar begroting gewijzigd zijn of omdat meer volledige informatie inzake begroting werd bekomen (Cass., 24 okt. 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 196; *Pas.*, 1973, 194; Brussel, 8 juni 1971, *J.T.*, 1972, 266).

Dit zou b.v. het geval zijn na stijging van prijzen en lonen (Cass., 28 okt. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 270; *R.W.*, 1974-75, 1497; *Pas.*, 1975, I, 248; Cass.fr., 16 febr. 1954, *Rec.Dall.*, 1954, J, 534, met noot RODIÈRE; Cass.fr., 3 nov. 1954, *Rec.Dall.*, 1955, *Somm.*, 69; zie verder nr. 402 e.v.), ten gevolge van een koopkrachtvermindering (Cass., 27 juni 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1122; *Pas.*, 1974, I, 1128; *R.G.A.R.*, 1975, 9412; *T.Aann.*, 1975, 254 met noot R. MOORS; Cass., 20 juni 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 1082; *Pas.*, 1977, I, 1068; *R.G.A.R.*, 1978, 9919; zie verder, nr. 420 e.v.) of nog, omdat de vermoedelijke levensduur op het ogenblik van de einduitspraak moet begroot worden (zie verder, nr. 904 e.v.).

Het kan zelfs voorkomen dat, zonder dergelijke wijziging in de begrotingsmaatstaven, het bedrag van de eis in graad van beroep toch kan vermeerderd worden.

Dit zou nl. het geval zijn, waar de oorspronkelijke eis in eerste aanleg strekte tot veroordeling tot een bepaald bedrag, en bovendien tot een deskundig onderzoek. Indien dit deskundig onderzoek pas in beroep bevolen werd en op grond daarvan de schade op een hoger bedrag moest vastgesteld worden, mag de schadeloosstelling in beroep toegewezen worden op basis van dit bedrag (Cass., 12 juni 1952, *Pas.*, 1952, I, 666; *vgl.* Cass.fr., 3 nov. 1954, *Rec.Dall.*, 1955, *Somm.*, 69; Gent, 13 juli 1955, *J.T.*, 1957, 93; *anders:* Brussel, 24 mei 1949, *J.T.*, 1950, 57).

Binnen deze ruime perken zal de rechter in beroep de schade begroten, rekening houdend met al de gegevens zoals ze door hem op de dag van zijn uitspraak gerechtelijk gekend zijn (zie o.m. DEMOGUE, IV, nr. 458; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 682, blz. 923; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2424, blz. 819; RODIÈRE, noot onder Parijs, 8 dec. 1949, *J.C.P.*, 1950, II, 5459; PIRET, noot onder Cass., 7 febr. 1946, *R.Crit.J.B.*, 1948, 128; Brussel, 1 febr. 1947, *J.T.*, 1948, 445; Gent, 23 mei 1972, *J.T.*, 1973, 82; *vgl.* Mons, 30 juni 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10.036).

Vanzelfsprekend is de beoordelingsmacht van de rechter in beroep beperkt door de devolutieve werking van het beroep. Aldus zou het bedrag van de uitgesproken veroordeling niet mogen vermeerderd worden zonder hoofdzakelijk of incidenteel beroep van de aanspraakmakende persoon (*vgl.* Cass., 20 sept. 1954, *Pas.*, 1955, I, 13).

Zoals reeds kon opgemerkt worden zal steeds voorzichtig gehandeld worden, ten einde nutteloze betwistingen te voorkomen in de dagvaarding of besluiten van de burgerlijke partij, uitdrukkelijk voorbehoud te maken om het bedrag van de eis in al

zijn bestanddelen te vermeerderen of te verminderen in de loop van het geding, ook na beroep (*vgl.* Cass., 12 juni 1952, *Pas.*, 1952, I, 666; zie voor de betekenis en het gevolg van het geven van voorbehoud: Gent, 18 mei 1979, 3de K., 18 mei 1979, F.V. t/ Dumortier, *onuitg.*).

In dit verband is het misschien nuttig hier terloops te wijzen op art. 27 V.T.Sv., zoals gewijzigd door de Wet van 30 mei 1961. Dit artikel bepaalt in het tweede lid dat, indien een beslissing enig voorbehoud heeft erkend, een eis die ertoe strekt om over het voorwerp van dat voorbehoud vonnis te doen wijzen, ontvankelijk blijft gedurende 30 jaren na de uitspraak.

374 De regel volgens dewelke de schade moet begroot worden naar het tijdstip dat dit van het effectieve herstel zo dicht mogelijk benadert, d.i. praktisch naar het tijdstip van de uitspraak, — gebeurlijk na beroep — wordt ten aanzien van de principes volkomen verantwoord door een juist begrip van de schade en de schadeloosstelling (conclusie HAYOIT DE TERMICOURT voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 572 e.v.).

Er werd reeds met nadruk herhaald dat bij het herstel der schade de aanvullende regelen slechts in zoverre gerechtvaardigd zijn, als zij de volledige toepassing van de hoofdregel verzekeren (zie boven, nr. 234).

Dit belangrijke principe is eens te meer bepalend bij de keuze van het ogenblik op hetwelk de vaststelling van de bestanddelen van de schade en de begroting van de schadeloosstelling moeten gedaan worden.

De hoofdregel luidt: de schade, noch min noch meer, bepaalt de omvang der vergoeding; in welke vorm ook die wordt verschaft, mag de aanspraakgerechtigde in het hem toegekende herstel, verlies noch voordeel vinden (zie boven, nr. 233).

Welnu de s c h a d e is niet het resultaat van de vergelijking tussen de toestand na de onrechtmatige daad met de toestand *quo antea,* maar wel het resultaat van de vergelijking tussen de toestand van de aanspraakgerechtigde op het ogenblik waarop die gewaardeerd wordt en die waarin hij zich zou bevinden en verder gebleven zijn, moest het schadegeval zich niet voorgedaan hebben (zie boven, nr. 5 en 22).

De s c h a d e l o o s s t e l l i n g is dan ook niet het terugplaatsen van de getroffene in de toestand *quo antea* — d.w.z. de toestand vóór het schadegeval — maar wel: de aanspraakgerechtigde zo goed mogelijk in de toestand te brengen, die verder zou bestaan hebben indien het feit dat tot de aanspraak aanleiding gaf, niet gebeurd zou zijn (zie boven, nr. 220).

Welnu, opdat het slachtoffer in het hem toegekende herstel verlies noch voordeel vinden zou moet de schade in haar omvang gewaardeerd worden, zoals zij zich, na haar gebeurlijke wijzigingen voordoet z o d i c h t m o g e l i j k b i j d e b e t a l i n g v a n d e s c h a d e l o o s s t e l l i n g , dit is dus op het laatste ogenblik waar de rechter het bedrag daarvan begroot in zijn uitspraak. Naar dat tijdstip kan met de grootste waarschijnlijkheid vastgesteld worden welk bedrag de aanspraak kan voldoen.

Inderdaad, dan wordt de primaire verbintenis tot herstel in specifieke vorm (zie boven, nr. 278 en 350), uiteindelijk omgezet in een verbintenis tot betalen van een geldsom.

Deze geldsom moet op het ogenblik van de betaling, het vermogen van de aanspraakmakende persoon zo juist mogelijk herstellen in de toestand waarin het zou gebleven zijn was de onrechtmatige daad niet verricht.

De bepaling van de begrippen schade en schadeloosstelling is gesteund op een vergelijkende belangenwaardering, en diende tot systematisering van de regelen die er toe strekten aan het slachtoffer van een

onrechtmatige daad een juist passend herstel te verlenen, noch min noch meer (zie boven, nr. 230 e.v.; nr. 236 e.v.).

Bij de verdere detailbespreking van de latere gebeurtenissen, zal de bruikbaarheid van de voorgestelde regel blijken doordat hij zowel verliezen als voordelen in hoofde van de benadeelde zal voorkomen, die anders tegen het rechtvaardigheidsgevoel zouden indruisen.

375 De algemene regel is heden ten dage in België als onbetwist erkend (zie o.m. *Rép.P.Dr.B., Responsabilité,* nr. 1926; J.L. FAGNART, *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile 1968-75, J.T.,* 1976, 99; DALCQ, II, 4049 e.v.; J. SCHRIJVERS, *De lichamelijke schade in cijfers, R.W.,* 1979-80, 2808; H. VANDEUR, *Schadeloosstelling volgens gemeen recht,* 1979, blz. 46 e.v.; L. DE WILDE, *Schade* in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen,* 1979, blz. 182; PIRET, noot onder Cass., 7 febr. 1946, *R.Crit.J.B.,* 1948, 126 e.v.; Chr. DABIN, *R.Crit.J.B.,* 1949, 96, nr. 98 en *R.Crit.J.B.,* 1952, 96, nr. 58; E. VEROUGSTRAETE, *Over de bepaling van de levensduur bij de begroting der vergoeding wegens onrechtmatige daad, R.W.,* 1954-55, 1089 e.v.; Cass., 24 jan. 1966, *Pas.,* 1966, I, 658; Cass., 21 juni 1976, *Arr.Cass.,* 1976, 1189; *Pas.,* 1976, 1153, *R.G.A.R.,* 1978, 9898; Cass., 20 juni 1977, *Arr.Cass.,* 1977, 1082; *Pas.,* 1977, I, 1068; *R.Not.B.,* 1978, 289; *J.T.,* 1978, 83; Cass., 9 mei 1979, *R.W.,* 1979-80, 2508; Cass., 15 dec. 1981, *Arr.Cass.* en *Pas.,* op datum, *R.W.,* 1982-83, 1241; *R.Dr.Pén.,* 1982, 904; Brussel, 7 juni 1947, *R.G.A.R.,* 1947, 4131; Brussel, Ver. Kamers, 28 dec. 1949, *R.G.A.R.,* 1950, 4582; *J.T.,* 1950, 256; Luik, 18 jan. 1950, *J.Liège,* 1950-51, 59; Gent, 9 maart 1950, *R.Crit.J.B.,* 1951, 21 met noot DEKKERS; Luik, 30 april 1964, *R.G.A.R.,* 1964, 7374; Luik, 18 nov. 1969, *R.G.A.R.,* 1970, 8366; Gent, 23 mei 1972, *J.T.,* 1973, 82; Luik, 18 febr. 1975, *Pas.,* 1975, II, 110; Luik, 14 jan. 1982, *J.Liège,* 1982, 153; Bergen, 24 febr. 1982, *R.G.A.R.,* 1983, 10.674; Vred. Kontich, 15 juni 1971, *R.W.,* 1971-72, 1369; zie verder de rechtspraak aangehaald bij de bespreking van de toepassingsgevallen).

Betwistingen blijven slechts oprijzen bij het aanwenden van het principe voor de bepaling van de verder te bespreken latere gebeurtenissen, die bij de begroting van de schade in aanmerking moeten genomen worden, zoals het overlijden van het slachtoffer vóór de einduitspraak, het tweede huwelijk van de weduwe, stijging van wedden en lonen, devaluaties enz.

376 Gedurende lange tijd had in de Franse rechtspraak hieromtrent grote verdeeldheid bestaan, o.m. in de rechtspraak van de verschillende kamers van het Franse Hof van Cassatie (zie de samenvatting in: Jean SAVATIER, noot onder Cass.fr., 6 juni 1946, *Rec.Dall.,* 1947, 236).

Sedert 1937 behoort de aangeduide regel echter tot het Franse recht der schadeloosstelling na onrechtmatige daad (Cass.fr., 9 dec. 1937, *Rec. Sirey,* 1942, 1, 41, met noot J.A. ROUX; Cass.fr., 24 maart 1942, *J.C.P.,* 1942, II, 1973; Cass.fr., 15 juli 1943, *J.C.P.,* 1943, II, 2500; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, (1950),* door JULIOT DE LA MORANDIÈRE, blz. 287; Cass.fr., 6 juni 1946, *Rec.Dall.,* 1947, 234, met noot J. SAVATIER; Cass.fr., 26 okt. 1949, *J.C.P.,* 1950, nr. 5310, met noot ESMEIN; *J.T.,* 1950, 173; Cass.fr., 10 mei 1950, *Rec.Dall.,* 1950, 465; Cass.fr., 18 febr. 1950, *Rec.Dall.,* 1950, 465; Cass.fr., 18 febr. 1952, *Rec.Dall.,* 1952, 323; Cass.fr., 1 juni 1959, *J.C.P.,* 1959, II, 11206 met noot HÉMARD; Cass.fr., 27 jan. 1964, *J.C.P.,* 1964, 13636 met noot P.E.; Cass., 5 febr. 1964, *Bull.,* 1964, II, nr. 110; blz. 83; Cass.fr., 12 okt. 1972, *Rec.Dall.,* 1974, J, 536; *R.G.A.R.,* 1974, 9364; Cass.fr., 3 juni 1977, *J.C.P.,* IV, tables 195; zie verder, PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 682, blz. 23; L. RIPERT, blz. 173 e.v.; R. RODIÈRE, noot onder Parijs, 8 dec. 1949, *J.C.P.,* 1950, II, 5459; DERRIDA, *J.C.P.,* 1951, I, 918; RODIÉRE, noot onder Cass.fr., 16 febr. 1954, *Rec.Dall.,* 1954, 534; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2411 e.v., blz. 785

e.v.; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, I, 1972, blz. 267 e.v.; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, II, nr. 1157, blz. 411).

In Duitsland wordt door het B.G.B. evenmin als door de Code Civil voorgeschreven naar welk tijdstip de Interessenschatzung moet gedaan worden. Steunend op de bepaling van de schadeloosstelling in § 249 B.G.B. wordt er algemeen aanvaard dat in principe het tijdstip van de uitspraak bepalend is (ENNECCERUS-LEHMANN, § 17, III, 3, blz. 82; R. GEIGEL, *Der Haftpflichtsprozess*, 1972, blz. 21; LARENZ, I, § 14, f, blz. 120; WÜSSOW, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, 1972, blz. 484 e.v.).

Aansluitend met de bepaling van de schadeloosstelling in § 249 B.G.B., wordt onderstreept dat schadeloosstelling niet betekent „die Herstellung des Zustandes, wie er ohne das schädigende Ereignis damals, d.h. im Zeitpunkt der Schadenszufügung, bestanden haben würde, sondern die Herstellung des Zustandes, wie er ohne jenes Ereignis bestehen würde..."; derhalve strekt de schadeloosstelling er niet toe de benadeelde in een vroegere toestand te brengen „... sondern in die jetzt gegenwärtig ohne des Schadensereignis vorhandene Güterlage zu versetzen" (KNAPPE, blz. 85).

In Zwitserland geldt de zelfde oplossing als onbetwist. Zij wordt overigens ondersteld door artikel 46, tweede lid, O.R. (OFTINGER, I, blz. 130, § 6, I, B; GUHL, blz. 67, § 10, III, e; J. GLARNER, *Die Schadensberechnung*, blz. 47 e.v.).

In Nederland daarentegen bleek als theoretisch principe aanvaard te worden dat, waar de verbintenis tot schadeloosstelling ontstaat op het ogenblik waarop de schade verwezenlijkt wordt, de schadeloosstelling dan ook zou dienen begroot te worden naar dat tijdstip (Besluiten EGGENS, voor H.R., 23 maart 1953, *N.J.*, 1953, nr. 617, blz. 1108).

Blijkbaar werd in Nederland de vraag in de praktijk niet zo dikwijls gesteld als in België, en evenmin werd de regel aan de noden van de praktijk getoetst. Afwijkingen hiervan, worden zonder meer als mogelijk geacht (ASSER/RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, blz. 524; *vgl.* Rb. Rotterdam, 20 mei 1955, *N.J.*, 1955, nr. 646, blz. 1152: verdwijnen van de schade; *vgl.* ook, WOLFSBERGEN, blz. 196 e.v.).

Volgens DOZY dient de schade waar zij zich in de duur uitstrekt, m.a.w. de doorlopende schade, vastgesteld te worden op het ogenblik van het vonnis. Daarbij moet rekening gehouden worden met gebeurtenissen die zich vóór het ongeval, gedurende dit tijdsverloop hebben voorgedaan, en, bovendien zelfs, met gebeurtenissen die zich alsdan zouden voorgedaan hebben indien het ongeval niet had plaats gehad.

Tenslotte moet rekening gehouden worden met de, op het ogenblik van de schadevaststelling, redelijk te verwachten gebeurtenissen (F.B. DOZY, *Onheils-opeenvolging*, *W.P.N.R.*, 1950, nr. 4148 e.v., meer bepaald blz. 335).

In dezelfde zin oordeelt DRION wanneer hij stelt dat de rechter in beginsel rekening moet houden met alle feiten en omstandigheden, die zich na het tijdstip van de onrechtmatige daad voordoen. Dit beginsel kan echter door allerlei andere regels, zoals een voldoende causaal verband, doorkruist worden (DRION, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 66c).

377 De rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat is enigszins verschillend. Waar immers, voor lichamelijke schade hetzelfde principe, zoals aangenomen door het Frans Hof van Cassatie, wordt gevolgd, oordeelt de Conseil d'Etat voor wat betreft de zakenschade, dat de schade moet begroot worden naar het tijdstip waarop de benadeelde tot het herstel van zijn schade kan overgaan (Cons. d'Etat, 21 maart 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3864; 10 febr. 1950, *Rec. Sirey*, 1950, 3, 71; 23 mei 1952, *Rec. Sirey*, 1952, 3, 95; 29 juli 1953, *Rec.Dall.*, 1954, *Somm.*, 16; *vgl.* MORANGE, *L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives*, *Rec.Dall.*, 1951, *Chr.*, blz. 61 e.v.; GABOLDE, *La responsabilité décennale en droit public*, *J.C.P.*, 1968, I, 2191; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2420-8, blz. 804).

Deze rechtspraak werd uitdrukkelijk verworpen door het Franse Hof van Cassatie bij de verbreking, wegens schending van artikel 1382 B.W., van een arrest dat de bovengemelde bestuurlijke rechtspraak had gevolgd (Cass.fr., 10 mei 1950, *Rec.Dall.*, 1950, 465).

Er zal weliswaar in verder te bespreken gevallen een verdeling van de last der schadeloosstelling, — begroot naar het tijdstip van de uitspraak, — mogelijk zijn op grond van de eigen schuld van de

benadeelde, waar deze door schuldig stilzitten zijn schade liet vergroten (zie hierover verder, nr. 460 e.v.).

In E n g e l a n d zal de begroting geschieden op het ogenblik van de fout of het ogenblik van de schade (zie MAZEAUD/TUNC, 1978, III, nr. 2420-8, noot 21, blz. 804). Nochtans zal de rechter rekening houden met *,,large and comparatively permanent changes in the value of money''* (KEMP & KEMP, *The quantum of damages*, I, 1975, blz.3).

378 Het hoeft geen verder betoog dat de hier aanvaarde regel op een juiste wijze moet toegepast worden. Het is de schade van de aanspraakmakende persoon die naar het tijdstip van de einduitspraak moet gewaardeerd worden.

Concreet betekent dit dat rekening moet gehouden worden met h e t b e l a n g dat hij op dat ogenblik bij het behoud van een zaak of een persoon heeft, m.a.w. de voor de benadeelde r e l a t i e v e w a a r d e , en geenszins de absolute intrinsieke waarde van het onmiddellijk getroffen goed, of van de gedode persoon.

Zo werd in Frankrijk terecht een arrest verbroken dat onder voorwendsel van de hier gehuldigde regel toe te passen, beslist had dat ontvreemde beurswaarden moesten begroot worden naar hun waarde ten dage van de uitspraak, zonder binnen de perken van de eis rekening te houden met bijzondere omstandigheden die de schade in haar omvang mede bepaalden, zoals de daling van de koers tussen de dag van de diefstal en deze van het arrest. Inderdaad de schade bestaat in het verlies van de titels. Het is dat verlies en niet de titels zelf die moesten gewaardeerd worden (Cass.fr., 6 juni 1946, *Rec.Dall.*, 1947, 234, met noot SAVATIER; *Gaz.Pal.*, 1946, 2, 97).

Tot dat verlies kon behoren het nadeel gelegen in het feit dat de eigenaar zijn beurswaarden niet aan een voordeliger koers heeft kunnen verkopen. M.a.w. deze verloren kans kan desgevallend mede moeten in aanmerking komen, en mocht niet op volstrekte wijze uitgesloten worden door een al te mechanische hantering van de regel (zie hierover verder, nr. 407 e.v.).

379 De regel bij de begroting der schadeloosstelling wegens wanprestatie is dezelfde, zodat tussen beide gebieden van aansprakelijkheid overeenstemming bestaat (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2420-15, blz. 807 e.v.; Cass., 27 juni 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1222, *Pas.*, 1974, I, 1128; *R.G.A.R.*, 1975, 9412; Brussel, 26 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1975, 9529).

Op grond van de, reeds in nr. 224 besproken, strakkere verklaring van artikel 1150 B.W. was dienaangaande in Frankrijk tot voor enkele jaren een betwisting blijven bestaan (*vgl.* LALOU, nr. 181, blz. 116). Thans wordt er algemeen aangenomen dat deze bepaling niet belet dat prijsschommelingen in aanmerking zouden genomen worden (Cass.fr., 16 febr. 1954, *Rec.Dall.*, 1954, J, 534, met noot RODIÈRE, *Rec.Sirey*, 1949, 1, 69, met noot R. JOMBU-MERLIN; Cass.fr., 24 jan. 1955, *Rec.Dall.*, 1956, *Somm.*, 12; Cass.fr., 5 febr. 1957, *Rec.Dall.*, 1957, 232; Cass.fr., 1 juni 1959, *Rec.Dall.*, 1959, 454; *J.C.P.*, 1959, II, 11206 met noot HÉMARD; Cass.fr., 4 maart 1965, *Rec.Dall.*, 1965, 449; RIPERT/BOULANGER, *Traité élém. de Planiol*, II, nr. 744*bis*, blz. 260; *vgl.* ook: Cass., 7 febr. 1946, *R.Crit.J.B.*, 1948, 121, met noot PIRET).

AFDELING III

LATERE GEBEURTENISSEN, TUSSEN HET SCHADEGEVAL EN DE EINDUITSPRAAK VERWEZENLIJKT, IN AANMERKING TE NEMEN BIJ DE BEGROTING VAN DE SCHADELOOSSTELLING

380 Zoals reeds opgemerkt werd, rijzen zeer kiese vraagstukken op bij het toepassen van het principe volgens hetwelk de vaststelling van de schade in haar verschillende bestanddelen en de begroting van de schadeloosstelling naar het tijdstip van de einduitspraak moeten geschieden.

Het komt er inderdaad op aan vast te stellen naar welk criterium latere gebeurtenissen, die zich na het oorpronkelijk schadegeval voordeden, in aanmerking te nemen zijn bij de begroting van de schadeloosstelling.

§ 1. De formule van het Hof van Cassatie

381 In meerdere arresten, sedert 1948 geveld, heeft het Hof van Cassatie zonder precieze motivering als regel vooropgesteld, dat de schadeloosstelling voor de door de benadeelde geleden schade, moet begroot worden zonder rekening te houden met latere gebeurtenissen die vreemd zijn aan de onrechtmatige daad of aan de schade zelf en waardoor zijn toestand zou verbeterd of verslechterd zijn (Cass., 29 sept. 1948, *Pas.*, 1948, I, 509; *J.T.*, 1949, 68 met noot PIRET; *R.G.A.R.*, 1949, 4443; Cass., 31 maart 1952, *Pas.*, 1952, I, 489; *R.W.*, 1952-53, 58; *R.G.A.R.*, 1953, 5242 met noot FONTEYNE; *J.T.*, 1952, 362; Cass., 4 juli 1955, *Pas.*, 1955, I, 1193; *J.T.*, 1955, 635; *R.G.A.R.*, 1955, 5632; Cass., 13 dec. 1965, *Pas.*, 1966, I, 503; Cass., 19 febr. 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 608; *Pas.*, 1973, I, 578; *R.W.*, 1973-74, 191 met noot; *J.T.*, 1973, 255; Cass., 2 okt. 1973, *Arr.Cass.*, 1974, 127; *Pas.*, 1974, I, 115; Cass., 1 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 1086; *Pas.*, 1976, I, 1046; *R.W.*, 1976-77, 212.

382 De oorsprong van deze rechtspraak is moeilijk te achterhalen. Zonder vooraf in de rechtsleer voorgesteld en bestudeerd te zijn, werd de hier besproken regel voor het eerst in 1948 door het Hof van Cassatie geformuleerd, en wel op negatieve wijze: uit te sluiten zijn de latere gebeurtenissen, die vreemd zijn aan de onrechtmatige daad of aan de schade.

383 Een eerste maal werd dit gedaan bij het verwerpen van de voorziening, waarin aangevoerd werd dat het aangevochten arrest ten onrechte geweigerd zou hebben rekening te houden met de daarin vastgestelde latere gebeurtenissen, nl. het tweede huwelijk van de weduwe van het slachtoffer (Cass., 29 sept. 1948, *Pas.*, 1948, I, 509; *J.T.*, 1949, 68, met noot PIRET; *R.G.A.R.*, 1949, 4443; over het vraagstuk zelf, zie verder, nr. 948 e.v.).

In het behandelde geval kon de formule misschien wel, zonder ernstig bezwaar, als geldig motief voor de verwerping van de voorziening aanvaard worden.

Inderdaad, de feitenrechter had in het aangevochten arrest ten aanzien van de feiten vastgesteld dat tussen de onrechtmatige daad en de besproken latere gebeurtenis — het tweede huwelijk van de weduwe — geen oorzakelijk verband bestond en eveneens ten aanzien van de feiten, dat de inkomsten van de tweede echtgenoot hoofdzakelijk zouden bestemd zijn voor diens eigen onderhoud en dat van zijn kind.

Tegenover het middel der voorziening en de motivering van het aangevochten arrest zou de hier besproken formule van het Hof van Cassatie een passend motief kunnen verschaffen voor de verwerping, was het niet dat het Hof de tweede vaststelling van de feitenrechter — nl. deze betreffende de bestemming van de inkomsten van de tweede echtgenoot — als overbodig beschouwde. Het komt derhalve voor dat het Hof, zonder meer de besproken latere gebeurtenis ten aanzien van het recht beschouwde als vreemd aan de onrechtmatige daad en aan de schade.

384 In het tweede arrest integendeel, werd de formule aangewend om als redengeving te dienen voor een verbreking, hetgeen uiteraard het belang van het besproken motief aanzienlijker maakt.

Het Hof van Cassatie stelde de besproken regel voorop om te beslissen dat het aangevochten arrest onvoldoende gemotiveerd was, waar het weigerde rekening te houden met het overlijden van de aanspraakmakende weduwe van het slachtoffer, op grond van de beschouwing dat dit overlijden vreemd was aan de onrechtmatige daad, zonder na te gaan of dit vreemd was aan de schade (Cass., 31 maart 1952, *Pas.*, 1952, I, 489; *R.W.*, 1952-53, 58; *R.G.A.R.*, 1953, 5242; *J.T.*, 1952, 362; over dit vraagstuk zelf, zie verder, nr. 905 e.v.).

385 In een derde arrest werd op grond van de opnieuw herhaalde regel eveneens een arrest verbroken, omdat het bij de begroting van de aan de weduwe toekomende schadeloosstelling rekening gehouden had met de gebeurtenis dat zij na het dodelijk ongeval van haar echtgenoot diens bediening — de uitbating van een gemeentelijke dienst — had kunnen overnemen en verder de inkomsten daarvan verwerven. Maar in dit arrest werd de tot nog toe aangewende regel enigszins aangevuld:

„Attendu, en effet, que si la demanderesse a réussi après le décès de son époux, grâce à son activité personnelle et à l'aide d'un de ses enfants, à maintenir les revenus du ménage au même niveau, cette circonstance n'a pas diminué le dommage, aucune compensation ne pouvant s'opérer en droit entre la perte de rémunération de l'activité de la victime et la rémunération de l'activité personnelle précitée de la demanderesse et de ses enfants; que ceci équivaudrait, en effet à mettre le dommage résultant de l'acte illicite à charge d'une personne autre que l'auteur responsable" (Cass., 4 juli 1955, *Pas.*, 1955, I, 1193; *J.T.*, 1955, 635; *R.G.A.R.*, 1955, 5632).

Het principe dat in deze arresten aldus werd vastgelegd, werd in de latere rechtspraak van het Hof van Cassatie behouden.

Nochtans werd de oorspronkelijke formulering nauwkeuriger omschreven, nl. waar het Hof poneerde dat de rechter bij de beoordeling van de schade geen rekening mag houden met gebeurtenissen die na de fout hebben plaats gehad en op deze fout EN op de schade zelf geen betrekking hebben, en waardoor de toestand van de benadeelde partij zou verbeterd of verergerd zijn (Cass., 20 juni 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 1079; *Pas.*, 1977, I, 1065; *R.G.A.R.*, 1978, 9961, *R.W.*, 1977-78, 2713; Cass., 20 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 1067; *Verz.*, 1980, 477.

Het standpunt van het Hof, dat reeds had geoordeeld dat een arrest onvoldoende gemotiveerd was wanneer het enkel vaststelde dat een latere gebeurtenis losstond van

de fout zonder na te gaan of deze gebeurtenis vreemd was aan de schade, wordt op die wijze verder expliciet doorgetrokken.

§ 2. Kritiek

386 Alhoewel de regel zoals hij door het Hof van Cassatie uitgedrukt werd in de rechtspraak van dit Hof tot vrij bevredigende oplossingen leidde in de enkele arresten waarin hij aangewend is, wordt de besproken formule nog niet als deugdelijk beschouwd, ook al vond zij haar weg in de rechtspraak.

Men merkt vooreerst op dat in de aangehaalde arresten moeilijk de lijn getrokken kan worden tussen feit en recht, en dat hierdoor onzekerheid bestaat nopens de ontvankelijkheidsvereisten voor de voorziening in cassatie.

Betreffende het arrest van 31 maart 1952 (boven, nr. 384) werd reeds de vraag gesteld of het Hof van Cassatie hier geen vraag van feitelijke aard moest oplossen (FONTEYNE, *R.G.A.R.*, 1953, 5242). In de memorie van antwoord op de voorziening was dit trouwens als middel van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.

Toch werd hier volgens het Hof een rechtsvraag behandeld, nl. het vereiste van de motivering der vonnissen, en in dit arrest heeft het Hof getracht zich angstvallig te houden aan het nagaan van de voldoende aard der motieven.

In het arrest van 4 juli 1955 (zie boven, nr. 385) is het Hof van Cassatie ogenschijnlijk verder gegaan door zelf vast te stellen dat de, in het verbroken arrest, in aanmerking genomen latere gebeurtenis, vreemd was aan de schade. Maar in werkelijkheid onderzocht het Hof bovendien of door de feitenrechter al dan niet moest geweigerd worden, ten aanzien van het begrip der schadeloosstelling, met het door hem vastgestelde feit rekening te houden.

Overigens moet een zekere jurisprudentiële uitbreiding van de bevoegdheid van het Hof van Cassatie om vraagstukken van materieel recht waarover de wetgever het meest volkomen stilzwijgen bewaarde, zoals ter zake, in het algemeen toegejuicht worden (*vgl.* CORNIL, *La Cour de cassation, J.T.*, 1950, 493 e.v.).

Een telkens wederkerende vraag die ogenschijnlijk van feitelijke aard was, kan een rechtsvraag worden, wanneer de probleemstelling steeds opnieuw te verwachten is, en de rechtvaardigheid een zelfde oplossing vraagt.

Dit is nu het geval met het tweede huwelijk van de aanspraakmakende weduwe; het overlijden van de aanspraakmakende persoon vóór de einduitspraak; de heraanpassing door eigen krachten, van het slachtoffer e.d.m.

Er werd ook reeds opgemerkt dat, heden ten dage, de schending van artikel 1382 B.W. veel vaker kan voorkomen dan kort na het uitvaardigen van het Burgerlijk Wetboek.

Deze bepaling werd inderdaad door de rechtspraak „gevuld", en haar schending zal dikwijls niets anders zijn dan die van een der in de rechtspraak, inductief gewonnen rechtsregelen (zie boven, nr. 351).

Maar terwille van de rechtszekerheid moeten deze regelen dan ook zorgvuldig geformuleerd, en eventueel verbeterd worden, opdat zij in de praktijk toepasselijk zouden zijn.

Daarom lijkt het vooreerst niet gewenst dat slechts in enkele, bijzondere concrete gevallen, zoals dit van het arrest van 4 juli 1955 (zie boven, nr. 385), door het Hof van Cassatie zou beslist worden of een bepaalde gebeurtenis al dan niet vreemd is aan de schade.

387 Maar bovendien is de door het Hof geformuleerde regel niet bruikbaar. Hij kan aan de feitenrechter geen degelijke leidraad verschaffen bij de oplossing van de steeds opnieuw opduikende twistvragen.

De negatieve formulering van deze regel kan ook tot misverstand leiden.

Inderdaad, luidens deze rechtspraak mag bij de begroting van de schadeloosstelling, geen rekening gehouden worden met de latere gebeurtenissen, waardoor de toestand van de benadeelde verslechterd of verbeterd is, wanneer zij vreemd zijn, hetzij aan de onrechtmatige daad, hetzij aan de schade.

De regel kan niet eenvoudigweg omgekeerd worden. Er zijn inderdaad latere gebeurtenissen, waardoor de toestand van de benadeelde noch verslecht, noch verbeterd is, en die bij de begroting van de omvang van de schade, onbetwistbaar in aanmerking moeten genomen worden.

Nu even terug tot de probleemstelling zelf. Het gaat er om te bepalen welke gebeurtenissen, tussen het oorspronkelijke schadegeval en de einduitspraak verwezenlijkt of nadien zeker te verwachten, in aanmerking moeten genomen worden bij de begroting van een schadeloosstelling die zo gelijk mogelijk is aan de werkelijke schade.

Vanzelfsprekend kan het slechts gaan over gebeurtenissen die van aard zijn op deze begroting een invloed uit te oefenen, omdat zij voorkomen als factoren, waardoor de schade, of haar economische uitdrukking, verkleind of vergroot blijkt, op het ogenblik van de begroting.

Dit leidt tot een onderscheid.

Waar het aan de rechter voorkomt, dat terecht aangevoerd wordt dat de latere gebeurtenis die zich tussen het oorspronkelijke schadegeval en de uitspraak voordeed, aan de toestand van de benadeelde voor- of nadeel toebracht, moet eerst nagegaan worden of het de schade zelf is die in haar intrinsieke bestanddelen toegenomen of verminderd is, dan wel uitsluitend de economische uitdrukking van een onveranderd gebleven schade.

388 Al de latere gebeurtenissen waardoor de omvang van de schade zelf onaangetast gelaten werd, maar slechts de maatstaven tot waardering nader bepaald werden, hebben de vermogenstoestand van het slachtoffer noch verbeterd noch verslechterd. Er is slechts een wijziging ingetreden in de maatstaven van de begroting van de schade en de schadeloosstelling. Er is dus helemaal geen vraag van oorzakelijk verband tussen schuld en schade noch van een wijziging in de omvang van de schade, maar slechts van een juiste schadeloosstelling (PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1949, 69 en 70; MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2420-11, blz. 805; *vgl.* MAZEAUD/TUNC, 1965, nr. 221, blz. 279 e.v.).

Een schijnbare afwijking zal verder besproken worden, nl. waar de benadeelde schuldig handelde door zelf niet tijdig te voorzien in de herstelling of vervanging (zie verder, nr. 460 e.v.).

De schadeloosstelling strekt er precies toe de aanspraakgerechtigde in die huidige toestand te brengen, die zou blijven bestaan zijn, ware het oorspronkelijke schadegeval niet gebeurd.

Verder zullen de moeilijkheden besproken worden waartoe de juiste toepassing van het principe aanleiding kan geven, nl. naar aanleiding van de stijging van prijzen en lonen (verder, nr. 402 e.v.), wijzigingen in de koopkracht van de munt, wisselkoers en rentevoet (verder, nr. 420 e.v.).

389 De formule van het Hof van Cassatie kan dan ook op deze gebeurtenissen helemaal niet toegepast worden. Zij zijn niet alleen vreemd é n aan de onrechtmatige daad é n aan de schade, maar bovendien hebben zij de toestand van de benadeelde noch verslecht noch verbeterd. Toch moeten zij voor een juiste begroting in aanmerking genomen worden, hetgeen in een zeer vaste rechtspraak zowel van het Hof van Cassatie als van de hoven en rechtbanken erkend wordt (zie verder, nr. 402 e.v.). M.a.w. voor de regeling van deze aangelegenheid is de besproken formule overbodig.

Betreffende deze aangelegenheid is de formule slechts gevaarlijk, omdat zij op negatieve wijze geformuleerd werd en daardoor tot misverstand kan leiden, daar zij schijnbaar het in aanmerking nemen van deze latere gebeurtenissen uitsluit.

390 De regel, door het Hof van Cassatie geformuleerd, is evenmin deugdelijk als criterium voor het al dan niet in aanmerking nemen van latere gebeurtenissen, waardoor de toestand van de benadeelde hetzij verbeterd, hetzij verslechterd is.

Vooreerst dient onderstreept te worden dat de regel tot voor kort op disjunctieve wijze geformuleerd werd (zie boven, nr. 381). M.a.w. er werd een verband vereist tussen de latere gebeurtenis enerzijds, en anderzijds, ofwel de onrechtmatige daad, ofwel de schade.

Slechts door de arresten van het Hof van Cassatie van 20 juni 1977 en 20 maart 1980 werd de omschrijving nader gepreciseerd (zie boven, nr. 385).

Hoe dan ook, de gebruikte formule is te weinig en tevens te veel omvattend.

391 Inderdaad, het eerste voldoende verband, — dit met de onrechtmatige daad, — valt samen met het algemeen vereiste van oorzakelijk verband tussen schuld en schade.

Dit gedeelte van de besproken regel brengt niets nieuws bij.

Waar de benadeelde een nadelige gebeurtenis aanvoert ten einde een hoger bedrag van schadeloosstelling te vorderen, stelt hij noodzakelijk dat zijn schade in omvang toegenomen is.

Welnu, waar de schade zelf in omvang toegenomen is, moet tussen deze vermeerdering van de schade en de onrechtmatige daad een oorzakelijk verband vastgesteld worden, opdat op de aansprakelijke de last van het herstel van deze grotere schade zou kunnen gelegd worden.

Omtrent het principe zelf zou bezwaarlijk betwisting kunnen ontstaan, vermits men luidens de tekst van artikel 1382 B.W., slechts aansprakelijk kan zijn voor de schade die men veroorzaakt heeft (zie o.m. MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2418, blz. 792; zie ook boven, nr. 22, *in fine).*

In de praktijk komen vanzelfsprekend gevallen voor, waar het oorzakelijk verband tussen de aangevoerde, later ontstane schade, en de onrechtmatige daad, ten aanzien van de feiten voor betwisting vatbaar is, b.v. waar het slachtoffer bezwijkt onder de narcose, die nodig was bij de heelkundige zorgen wegens de, door de onrechtmatige daad veroorzaakte letsels (zie verder, nr. 482 e.v.).

Afgezien van de concrete moeilijkheden is de oplossing in principe zeer duidelijk, waar de gekwetste persoon, nadien, tengevolge van een aan de onrechtmatige daad vreemde oorzaak overlijdt. Het nadeel door dit overlijden ontstaan, kan niet als meerdere schade ten laste gelegd worden van de persoon die slechts voor de verwonding aansprakelijk is.

De vraag naar het oorzakelijk verband zal dus steeds bevestigend moeten beantwoord worden, waar aangevoerd wordt dat de schade vergroot is, opdat hierom schadeloosstelling zou verschuldigd zijn.

Verder zullen verschillende gevallen besproken worden waarin terecht of ten onrechte, het vraagstuk van het oorzakelijk verband gesteld wordt, zoals bij de verhaalbaarheid van kosten door de benadeelde gedaan tot beperking van de schade (zie verder, nr. 449 e.v.), of tot vrijwaring van zijn rechten (zie verder, nr. 460 e.v.).

Waar de latere gebeurtenissen eveneens in oorzakelijk verband met de onrechtmatige daad integendeel een voordeel toebracht aan de benadeelde, en hij dit voordeel niet zou genoten hebben indien de schade niet berokkend was, is de door de aansprakelijke veroorzaakte schade in die mate verminderd, en moet hij ook slechts de verminderde omvang vergoeden.

In dat geval immers heeft de aansprakelijke de schade veroorzaakt, zoals zij uiteindelijk op het ogenblik van de begroting bestaat, noch min noch meer; en alleen de door hem veroorzaakte schade moet hij vergoeden. Het schadebegrip zelf is inderdaad een causaal en hypothetisch begrip (zie boven, nr. 22, *in fine).*

De toepassingen van de ogenschijnlijk duidelijke principes zullen uitvoerig besproken worden in verband met het vraagstuk van het toerekenen der voordelen die in verband met de onrechtmatige daad ontstaan (zie verder, nr. 519 e.v.).

392 Maar hier reikt de formule niet ver genoeg. De latere gebeurtenis waardoor de schade vergrootte kan te wijten zijn aan de eigen schuld van de benadeelde en moet derhalve in aanmerking genomen worden bij de begroting van de schadeloosstelling.

In de maat van het toedoen, niet van de laakbaarheid van die eigen schuld, zal de schadeloosstelling moeten verminderd worden (zie boven, nr. 271 en verder, nr. 464 e.v.).

393 De formule is een tweede maal ontoereikend, waar zij de latere gebeurtenissen niet omvat, waardoor blijkt dat het nadeel alleszins zou verwezenlijkt zijn, en dit nadeel dus niet of niet geheel kan beschouwd worden als schade, door de aansprakelijke veroorzaakt.

Denk aan het geval waar een akte door de nalatigheid van een notaris nietig is, en nadien blijkt dat de akte tengevolge van een andere oorzaak geen uitwerking zou gehad hebben (zie boven, nr. 2.2).

Men denke vervolgens aan het geval waar zekerheid verschaft wordt dat de ziekte, door de onrechtmatige daad veroorzaakt, ook zonder deze, later, onafhankelijk daarvan zou ingetreden zijn. In dit geval is er slechts schade door de vervroeging van het nadeel dat, ook zonder de onrechtmatige daad, geleden was.

Het is opvallend dat het Hof van Cassatie de hier besproken formule niet herhaalde bij de oplossing van deze vraag in zijn arrest van 8 juni 1951 (zie boven, nr. 257).

Dit vraagstuk, dat in de Duitse rechtspraak en rechtsleer grondiger besproken wordt, onder de traditionele, maar onjuiste benaming van het probleem der *überholende Kausalität,* wordt verder behandeld (nr. 493 e.v.).

394 Men kan dus betreffende het eerste verband, dit met de onrechtmatige daad, voorlopig reeds samenvatten.

Waar een latere gebeurtenis de toestand van de benadeelde verslechtte of zeker zal of zou verslechten, moet de rechter hiermede rekening houden bij de begroting van de schadeloosstelling, en wel in verschillende zin, in drie gevallen:

1) Wanneer zij veroorzaakt werd door de onrechtmatige daad, — om de aansprakelijke tot schadeloosstelling te veroordelen voor de vermeerderde schade.

2) Wanneer zij aan de eigen schuld van de benadeelde te wijten is, — om het gedeelte van de hierdoor vermeerderde schade ten laste te laten van de benadeelde, in de mate van diens toedoen.

3) Wanneer zij laat besluiten dat het door de aansprakelijke veroorzaakte nadeel, later alleszins, ook zonder de onrechtmatige daad ware ingetreden, — om eveneens slechts de door de aansprakelijke werkelijk veroorzaakte schade te doen vergoeden.

Dit alles kan bezwaarlijk in één enkele formule samengevat worden. Het zijn inderdaad verschillende regelen, uit de hoofdregel van artikel 1382 B.W. af te leiden: de aansprakelijke moet slechts de door hem veroorzaakte schade vergoeden.

Voor de casuïstiek waartoe de toepassing van deze elementaire regel uit artikel 1382 B.W. aanleiding geeft, is de nieuwe formule uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie niet deugdelijk. Zij omvat te veel en tevens te weinig, en kan derhalve niet tot leidraad dienen.

395 Het tweede voldoende verband — dit met de schade — is als criterium nog veel minder bruikbaar dan het eerste.

De moeilijkheid ontstond vooral, zoals reeds kon vastgesteld worden, waar tussen de onrechtmatige daad enerzijds en, anderzijds, de latere gebeurtenis, waardoor de toestand van de benadeelde verbeterd wordt, geen oorzakelijk verband kan erkend worden.

Denk b.v. aan het tweede huwelijk van de weduwe; de succesvolle inspanningen van de benadeelde om zijn toestand te verbeteren; een gelukkig toeval; de vrijgevige tussenkomst van een derde enz...

Het verband met de schade, zou nader moeten bepaald worden. Zeer terecht werd opgemerkt dat door het Hof van Cassatie helemaal in het duister gelaten werd, hetgeen moet begrepen worden als ,,vreemd aan de schade'' (R. PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1949, 70; E. VEROUGSTRAETE, *Over de bepaling van de levensduur bij de begroting der vergoeding wegens onrechtmatige daad, R.W.*, 1954-55, 1090).

De onbruikbaarheid van deze formule is o.m. gebleken in verband met het vraagstuk of het tweede

huwelijk van de weduwe van het slachtoffer, als latere gebeurtenis buiten beschouwing mocht gelaten worden als vreemd aan de schade, of, integendeel als schadebeperkende gebeurtenis in aanmerking moest genomen worden. De ene oplossing wordt inderdaad met even grote stelligheid als de andere vooropgezet (zie verder, nr. 954).

396 Men heeft getracht de regel aldus te verklaren dat in aanmerking te nemen zijn die gebeurtenissen waardoor de aard of de omvang van de schade met een grotere concrete zekerheid nader kunnen bepaald worden (RENARD/GRAULICH, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1954, *Chr.*, 191, nr. 16).

Aldus verklaard is de regel, afgezien van zijn negatieve formulering, ongetwijfeld juist.

Hij werd op zeer juiste wijze toegepast, met deze beperkte betekenis in het arrest van 31 maart 1952 (boven, nr. 384).

Inderdaad, het overlijden van de aanspraakmakende persoon, tengevolge van een gebeurtenis die vreemd is aan de onrechtmatige daad, moet in aanmerking genomen worden, omdat het toelaat met zekerheid vast te stellen welke de duur was tijdens dewelke zij schade geleden heeft. Deze zekerheid vervangt de vroegere gissingen die op de vermoedelijke levensduur der tabellen van de statistiek gesteund waren (zie verder, nr. 908 e.v.).

Maar dan blijft de regel, door zijn negatieve formulering, onjuist (zie boven, nr. 387).

397 De besproken regel omvat echter, in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, veel meer, en wel te veel.

Hij werd voor het eerst geformuleerd betreffende het vraagstuk gesteld door het tweede huwelijk van de aanspraakmakende weduwe (Cass., 29 sept. 1948, boven, nr. 383). Hij werd herhaald om ten aanzien van het recht te zeggen dat geen rekening mocht gehouden worden met het latere feit dat de weduwe van het slachtoffer zelf een winstgevend bedrijf uitoefende (Cass., 4 juli 1955, zie boven, nr. 385).

In beide gevallen werd in werkelijkheid de vraag gesteld betreffende het toerekenen van voordelen waarmede de onrechtmatige daad of de schadeloosstelling kunnen gepaard gaan.

De oplossing van dit omvangrijke vraagstuk, dat meestal in België tot één aspect beperkt, behandeld wordt onder de benaming van *cumul d'indemnités* kan niet verschaft worden met een formule die de sier heeft van de *imperatoria brevitas*.

Dit werd door het Hof van Cassatie zelf aangevoeld waar het, in het arrest van 4 juli 1955 (boven, nr. 385) liet blijken, dat het oorspronkelijk voorgestelde criterium, — hoe men het ook nader zou bepalen of voldoende duidelijk zou achten, — niet voldoende is.

Het Hof moest zijn motivering inderdaad aanvullen met de overweging dat de schadeloosstelling niet ten laste mocht gelegd worden van een andere persoon dan de aansprakelijke. M.a.w., een derde vereiste wordt hier aan het tweede toegevoegd : de vastgestelde verbetering mag niet in aanmerking genomen worden, indien daardoor de omvang van de herstelplicht van de aangesprokene

verminderd wordt om die geheel of gedeeltelijk op een andere te doen rusten. De oorspronkelijke formule kon dus, ook voor het Hof van Cassatie niet meer volstaan (over dit vraagstuk, zie verder, nr. 519 e.v.).

§ 3. Proeve van oplossing

398 Om een algemene regel te formuleren, die alle mogelijke latere gebeurtenissen zou omvatten, moet teruggegrepen worden naar de bepaling van de schade en de schadeloosstelling.

Terloops weze hier de formule van MAZEAUD vermeld. Zij is aantrekkelijk door haar schijnbare eenvoud: „... le dommage, après avoir varié, a toujours en totalité sa source dans la faute. De tout ce dommage, et de ce seul dommage, malgré sa modification, le responsable doit réparation, puisqu'il doit réparer toutes les conséquences directes de sa faute et elles seules.

Ainsi en est-il nécessairement chaque fois que le dommage lui-même s'améliore, quelle que soit la cause de cette amélioration. Lorsqu'une amélioration intrinsèque se produit, la faute a comme effet un dommage diminué" (MAZEAUD/TUNC, 1978, nr. 2412 en 2412-2, blz. 786 e.v.).

Maar heel het vraagstuk bestaat er precies in, of het voordeel, door de latere gebeurtenis aan de benadeelde bezorgd, al dan niet de schade vermindert.

399 De schade werd bepaald als de uitslag van de vergelijking tussen de toestand van het volledige vermogen van de benadeelde, zoals die zich tengevolge van de onrechtmatige daad bevindt, en verder zal bevinden, en de hypothetische toestand van zijn volledig vermogen zoals dat zonder die onrechtmatige daad gebleven zou zijn.

M.a.w. de schade is een causaal begrip (zie boven, nr. 22, *in fine)*. D.w.z. het vereiste oorzakelijk verband met de onrechtmatige daad behoort tot de bepaling van de schade zelf.

De schadeloosstelling strekt er toe, het nadelig verschil tussen beide vermogenstoestanden volledig op te heffen.

Daarbij mag niet vergeten worden dat de aansprakelijke de door hem veroorzaakte schade moet vergoeden, noch min, noch meer.

Waar de vraag oprijst, of een latere gebeurtenis in aanmerking mag genomen worden, gaat het dus om niets anders dan om de vaststelling van het bestaan en de omvang van de door de aansprakelijke veroorzaakte schade (J. SAVATIER, noot onder Cass.fr., 6 juni 1946, *Rec.Dall.*, 1947, I, 235, 237 en 238; *vgl.* J.A. ROUX, noot onder Cass.fr., 9 dec. 1937, *Rec. Sirey,* 1942, I, blz. 42, *in fine).*

In elk van de twee termen van de vermogensvergelijking moet derhalve het volledige vermogen vergeleken worden zonder dat bepaalde bestanddelen daarvan mogen afgescheiden worden.

Indien b.v. de weduwe en de kinderen schade lijden door het verlies van het onderhoud dat hen door het slachtoffer verstrekt werd, mag niet alleen het verlies van het inkomen van de overledene in aanmerking

komen, maar moet bovendien rekening gehouden worden met de uitsparing van zekere uitgaven die met het overlijden verdwijnen (zie verder, nr. 875 e.v.).

Of nog, indien een persoon krankzinnig wordt tengevolge van een ongeval, — nadelig element in de ene term van de vermogensvergelijking, — moet rekening gehouden worden met het feit, waar dit vaststaat, dat deze persoon, door een bestaande kwaal in evolutie, binnen afzienbare tijd, alleszins krankzinnig geworden ware, — nadelig element in de tweede term van de vermogensvergelijking. Hier heeft de aansprakelijke slechts de schade door een vervroeging van het nadeel veroorzaakt (zie boven, nr. 257 en 393).

Maar bovendien zal dikwijls moeten nagegaan worden of de latere gebeurtenis, die, samengevoegd met de schadeloosstelling, een voordeel voor de benadeelde zou betekenen, op de schadeloosstelling mag toegerekend worden, zonder op onrechtvaardige wijze de aansprakelijke van zijn herstelplicht geheel of gedeeltelijk te ontslaan.

Dit is het immer wederkerende vraagstuk van de toerekening der voordelen. Er werd opgemerkt hoe het Hof van Cassatie deze heel bijzondere problematiek aangeraakt heeft bij het formuleren van zijn regel (PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1949, 70).

Dit is zeer duidelijk gebleken in het arrest van 4 juli 1955 (boven, nr. 385).

Dit vraagstuk wordt, zoals de andere concrete vragen, afzonderlijk behandeld (zie verder, nr. 519 e.v.).

400 Het principe kan niet anders dan zeer algemeen geformuleerd worden.

De schade moet begroot worden naar het tijdstip van de einduitspraak in verhouding tot de door de onrechtmatige daad gewijzigde vermogenstoestand, zoals die zich op dat tijdstip voordoet en zal blijven voordoen, vergeleken met de vermogenstoestand van dezelfde benadeelde, zoals hij verder zou blijven bestaan zijn, was de onrechtmatige daad niet verricht.

Dit zeer algemene principe zal moeten toegepast worden op zeer verschillende kwesties die niet door één enkele, meer concrete formule samen kunnen opgelost worden, ter vervanging van de regel door het Hof van Cassatie geformuleerd (boven, nr. 381).

De verschillende vraagstukken zullen dan ook wegens hun bijzondere aard, onder afzonderlijke hoofdstukken besproken worden. Zij kunnen hier slechts voor een overzicht ten aanzien van het elementaire principe opgesomd worden.

De rechter moet het bestaan en de omvang van de schade vaststellen en waarderen en het bedrag van de schadeloosstelling begroten naar het tijdstip van zijn einduitspraak. Hierbij moet hij op een nader te bespreken en zeer verschillende wijze rekening houden met alle latere gebeurtenissen, die zich sedert de onrechtmatige daad voordeden, of, naar dat tijdstip, redelijk te verwachten zijn, in de volgende voorwaarden:

1) Waar zij de maatstaven tot begroting van de omvang van de schade en van de schadeloosstelling gewijzigd hebben (zie verder, nr. 401 e.v.).

2) Waar zij, in oorzakelijk verband met de onrechtmatige daad,

nieuwe schade deden ontstaan, de schade vermeerderd hebben, of integendeel verminderd hebben (zie boven, nr. 391 en verder, nr. 439 e.v.).

3) Waar zij, aan de eigen schuld van de benadeelde te wijten, de schade vermeerderd hebben of nieuwe schade deden ontstaan (zie boven, nr. 271 en verder, nr. 460 e.v.).

4) Waar zij zekerheid verschaffen of vermeerderen betreffende het bestaan en de omvang van de schade, waaromtrent voorheen slechts waarschijnlijkheid bestond (zie verder, nr. 487 e.v.) of, waar zij doen blijken dat het nadeel, waarvoor schadeloosstelling gevorderd wordt, alleszins, ook zonder de onrechtmatige daad, zou ontstaan zijn (zie verder, nr. 493 e.v.).

5) Waar zij een voordeel toebrachten aan de benadeelde, dat op de schadeloosstelling toe te rekenen is (zie verder, nr. 519 e.v.).

Deze verschillende mogelijkheden worden nu in de hierna volgende hoofdstukken afzonderlijk besproken.

HOOFDSTUK V

WIJZIGINGEN IN DE WAARDEUITDRUKKING VAN DE SCHADE — PRIJZEN, WEDDEN EN LONEN, KOOPKRACHT VAN DE MUNT, WISSELKOERS EN RENTEVOET

401 In dit hoofdstuk moet nader onderzocht worden in welke mate, en op welke wijze, de veranderingen in de maatstaven van waardering der schade en begroting der schadeloosstelling, waardoor het bedrag, in frank uitgedrukt, zou kunnen beïnvloed worden, in acht moeten genomen worden.

Of de schade, in haar intrinsieke bestanddelen, al dan niet in omvang toegenomen of integendeel verminderd is, mag hier volledig buiten beschouwing gelaten worden. Het gaat hier uitsluitend om wijzigingen in de maatstaven van waardeuitdrukking, afgezien van elke verbetering of verslechtering van de vermogenstoestand van de benadeelde.

Dit onderscheid werd reeds behandeld (zie boven, nr. 387).

Deze wijzigingen betreffen voornamelijk de prijzen en lonen, de koopkracht van de munt, de wisselkoers en de rentevoet.

AFDELING I

SCHOMMELINGEN VAN PRIJZEN EN LONEN

§ 1. Zakenschade

402 Aangezien de juist passende schadeloosstelling voor de schade, in haar verschillende bestanddelen vastgesteld, moet begroot worden naar *het tijdstip van de einduitspraak* (zie boven, nr. 368 e.v.), zullen in principe, de *op dat ogenblik geldende prijzen* in aanmerking genomen worden bij het berekenen van de juist passende *vergoeding van het nadeel door ontvreemding, vernieling of beschadiging van een zaak*.

Maar dit principe moet met zeer grote omzichtigheid aangewend worden.

Het geldt hier immers een subsidiaire regel, die slechts toepassing vindt waar de hoofdregel er door verwezenlijkt wordt, luidens dewelke de schade volledig moet hersteld worden (zie boven, nr. 234 en 378).

Een *onderscheid* zal hier moeten gemaakt worden:

a) ofwel voorzag de benadeelde niet in de vervanging van de ontvreemde of vernielde zaak, of voerde hij de herstellingswerken niet uit vóór de uitspraak, waarin zijn schade moet begroot worden;

b) ofwel, heeft de benadeelde op een ogenblik tussen het schadegeval en de uitspraak, zich een gelijkaardig voorwerp ter vervanging aangeschaft, of herstellingswerken aan de beschadigde zaak laten uitvoeren;

c) een derde mogelijkheid biedt het uitzonderlijke geval, waar het niet overgaan tot herstelling of tot vervanging aan de benadeelde als eigen schuld mag toegerekend worden.

A. EERSTE MOGELIJKHEID: DE BENADEELDE VOORZAG NOG NIET IN DE VERVANGING OF IN DE HERSTELLING VAN HET ONTVREEMDE, VERNIELDE OF BESCHADIGDE GOED

403 De prijs van de zaak of de prijzen en lonen van de herstellingswerken kunnen sedert het schadegeval, gestegen of gedaald zijn.

Dergelijke schommelingen zullen uiteraard in aanmerking komen bij de begroting van de schadeloosstelling, omdat de werkelijke prijs ten dage van de begroting, een bestanddeel is waaraan het bedrag gemeten wordt dat, op die dag, aan de schade gelijk moet zijn.

Dit is zeer duidelijk waar uitgegaan wordt van de primaire verplichting om de schade in specifieke vorm te herstellen, door het verschaffen van een gelijkwaardige zaak, of het laten uitvoeren van herstellingswerken op kosten van de aansprakelijke (zie boven, nr. 278). Waar in de plaats daarvan een geldelijke schadeloosstelling toegewezen wordt, zal deze daaraan moeten gelijk zijn.

Derhalve zullen, indien de prijzen gewijzigd zijn, die prijzen moeten aangewend worden, omdat alleen zodoende de benadeelde in staat gesteld wordt zich dezelfde zaak aan te schaffen, of herstellingswerken uit te voeren.

Indien rond 1940 nog schaarse afwijkingen van deze regel konden waargenomen worden (zie o.m. SAVATIER, II, nr. 603, blz. 189; Kh. Sint-Niklaas, 14 april 1942, *R.G.A.R.*, 1947, 4092), blijkt hieromtrent thans in België en Frankrijk eensgezindheid te bestaan (HAYOIT DE TERMICOURT, conclusies voor Cass., 3 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 572 e.v.; PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 135; DALCQ, II, nr. 4120-4121; DE PAGE, III, 1967, nr. 108, blz. 139; Gent, 3 febr. 1949, *R.W.*, 1948-49, 1101; Kh. Kortrijk, 5 nov. 1949, *R.W.*, 1950-51, 726; Brussel, 6 juli 1950, *R.G.A.R.*, 1951, 4786; Brussel, 17 mei 1951, *R.G.A.R.*, 1951, 4821; Brussel, 17 jan. 1957, *R.G.A.R.*, 1957, 5984, met noot J.F.; Brussel, 2 nov. 1978, *J.T.*, 1979, 395; Rb. Charleroi, 31 jan. 1952, met conclusie GUILLAUX, *J.T.*, 1953, 684; MAZEAUD, III, 1978, nr. 2420-8 e.v., blz. 800 e.v.; MAZEAUD, *Chr.*, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1951, 81, nr. 29; Parijs, 24 nov. 1949, *Rec.Dall.*, 1951, J., 313; *vgl.* R. SAVATIER, *La théorie des obligations, Précis Dalloz,* 1969, nr. 259, blz. 340).

404 Maar indien de waarde van de schade, begroot naar het tijdstip van de einduitspraak, de omvang van de schadeloosstelling bepaalt, betekent zulks niet dat dit gelijk zou staan met de prijs van het onmiddellijk getroffen goed.

Het principe volgens hetwelk de schadeloosstelling moet begroot worden naar het tijdstip van de uitspraak, mag niet verkeerd begrepen worden.

Het betekent dat de op dat ogenblik gewaardeerde schade juist moet hersteld worden. Welnu, de schade wordt gemeten aan het belang dat de benadeelde persoon had bij het behoud van de onmiddellijk getroffen zaak of persoon, en geenszins aan de waarde van deze zaak of persoon op zichzelf beschouwd.

Daaarom moet de schadeloosstelling voor zakenschade — ontvreemding, vernieling of beschadiging van een zaak — niet noodzakelijk gelijk zijn aan de waarde van die zaak op het ogenblik van de uitspraak. Schadeloosstelling is geen koop.

Het belang van de aanspraak makende persoon, gewaardeerd naar het tijdstip van de uitspraak, kan groter zijn dan de waarde van de zaak op dat ogenblik. Zijn schade bestaat immers niet in de huidige prijs van de zaak, maar in de som van de nadelen voortspruitend uit het verloren of verminderde genot van de zaak (Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 570, met conclusie HAYOIT DE TERMICOURT, *R.G.A.R.*, 1952, 5055; *J.T.*, 1952, 348).

Dit principe vond in de rechtspraak een interessante toepassing, waar aan het slachtoffer van een ongeval een aanvullende schadeloosstelling werd toegekend, wegens het feit dat diens wagen werd vernield op het ogenblik dat hij met die wagen op vakantie wou vertrekken (Pol. Luik, 24 april 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9578; *J.Liège*, 1975-76, 8; *vgl.* tevens Vred. Luik, 18 januari 1974, *R.G.A.R.*, 1974, 9248; *J.T.*, 1974, 339; *J.Liège*, 1973-74, 272; Kh. Luik, 31 okt. 1978, *B.R.H.*, 1979, 19; Pol. Brussel, 10 mei 1979, *R.G.A.R.*, 1980, 10.166; Trib.Gr. Instance Mont-de-Marsan, 23 juli 1980, *Gaz.Pal.*, 1980, 25 met noot G.F.; Vred. Stavelot, 7 dec. 1981, *J.Liège*, 1981-82, 42).

De schade, waarvan het herstel verschuldigd is, bestaat dus niet in de waarde van het vernietigd voorwerp, maar in het verlies van het voorwerp zelf (Cass., 2de K., 1 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 1086; *Pas.*, 1976, I, 1046; *R.W.*, 1976-77, 115).

Welnu die schade, aldus naar het tijdstip van de uitspraak vastgesteld en gewaardeerd, verschaft de maat van de schadeloosstelling.

Wij herinneren er hierbij aan dat de schadeloosstelling primair in specifieke vorm dient te geschieden, b.v. door de teruggave *in natura* van de ontvreemde zaak. Maar deze teruggave is niet altijd de volledige schadeloosstelling. Zij zal gebeurlijk door een geldelijk herstel moeten aangevuld worden, om het nadeel te vergoeden, voortspruitend uit het feit dat het genot ontnomen geweest is in het verleden (zie boven, nr. 282 e.v.).

Waar geen herstel in specifieke vorm kan geschieden b.v. door teruggave *in natura*, zal aan de benadeelde een schadeloosstelling moeten toegekend worden, gelijk aan de huidige waarde van de zaak, die niet *in natura* kan teruggegeven worden, maar bovendien gelijk aan de overige schade, door het ontnomen genot geleden. De omvang van deze overige schade en de daardoor juist passende schadeloosstelling, worden eveneens naar het tijdstip van de einduitspraak begroot (Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 570 met conclusie HAYOIT DE TERMICOURT, *R.G.A.R.*, 1952, 5055; *J.T.*, 1952, 348; *vgl.* Cass., 20 maart 1953, *Pas.*, 1953, I, 553; *R.G.A.R.*, 1954, 5299; *R.W.*, 1953-54, 251).

Er is hier geen afwijking van de regel der begroting naar het tijdstip van de einduitspraak, zoals wel eens beweerd werd (MAZEAUD, III, nr. 2423-5, blz. 813) maar integendeel een juiste toepassing daarvan.

De regel wil niet dat de getroffen zaak op dat ogenblik begroot wordt, maar wel de schade en de juist passende schadeloosstelling (PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 137 e.v.; conclusie HAYOIT DE TERMICOURT voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 574).

Anderzijds is de hier besproken regel slechts een aanvullende regel van de hoofdregel der volledige schadeloosstelling, en zou hij slechts in zulke mate mogen toegepast worden, als de toepassing van de hoofdregel erdoor verzekerd wordt (zie boven, nr. 234).

405 Dit zal vooral het geval zijn na zakenschade waar het ontvreemde, vernielde of beschadigde goed bestemd was om verkocht of verhandeld te worden door de benadeelde.

Dit zal o.m. doorgaans het geval zijn met beurswaarden. Indien vaststaat dat de benadeelde, de zaak, waarvan het genot hem door de onrechtmatige daad ontnomen was, tegen een hogere prijs had kunnen verkopen dan ten dage van de einduitspraak, bestaat zijn schade niet alleen in de beroving van de zaak zelf, maar bovendien in het verlies van de winst die hij had kunnen verwezenlijken, of, in de verloren kans, die als dusdanig voor herstel in aanmerking komt (zie boven, nr. 103 e.v.).

Deze schade moet benevens de huidige waarde, de maat van de schadeloosstelling bepalen (Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 570, met conclusie HAYOIT DE TERMICOURT, *R.G.A.R.*, 1952, 5055; *J.T.*, 1952, 348; Cass., 20 maart 1953, *Pas.*, 1953, I, 553; *R.G.A.R.*, 1954, 5299; *R.W.*., 1953-54, 251; Rb. Brussel, 24 okt. 1961, *J.T.*, 1962, 192; Cass.fr., 6 juni 1946, *Gaz.Pal.*, 1946, 2, 97; *Rec.Dall.*, 1947, 234, met noot J. SAVATIER; MAZEAUD, III, nr. 2423-5, blz. 813 e.v.).

De rechter zal de waarschijnlijkheid, dat de verkoop op een gunstiger ogenblik zou geschied zijn, volgens de omstandigheden moeten waarderen. Hierbij komt de aard van het ontvreemde voorwerp of het beroep van de benadeelde in aanmerking.

Aldus b.v. zal de gunstige verkoop van beurswaarden gemakkelijker aanvaard worden dan van goederen die niet voor even regelmatige verhandelingen in aanmerking komen.

Aldus ook zal de waarschijnlijkheid van een gunstige verkoop voor een handelaar gemakkelijker aanvaard worden, dan voor een gewone burger (*vgl.* PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 137 e.v.; SAVATIER, II, nr. 459*bis*, blz. 8 en nr. 460, blz. 10).

Nochtans dient erop gewezen dat een loutere hypothese niet volstaat.

Het Hof van Cassatie herinnerde hieraan in een arrest dat de nodige schakeringen behelsde, waar het de nadruk legde op de mogelijkheid van andere schade dan de beroving van het vernielde voorwerp.

In het aangevochten arrest was aan de benadeelde als schadeloosstelling de waarde toegekend van een gedode merrie, begroot naar het tijdstip van het ongeval, zonder in te gaan op aanbod van bewijs van de aangesprokene dat de waarde van het dier ten dage van de uitspraak geringer was.

Het Hof van Cassatie oordeelde:

,,Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat appellante, thans aanlegster, betoogt dat geïntimeerde enkel vermag aanspraak te maken op de huidige waarde van de geëlektrocuteerde merrie, welke waarde naar zij aanvoert, twintig duizend frank beloopt; dat zij subsidiair verzoekt dat een deskundige zijn advies zal geven omtrent de huidige waarde van een soortgelijke merrie;

Overwegende dat het arrest deze stelling afwijst op de gronden, dat de schadeloosstelling, waarop de door de quasi-delictuele schuld van een derde benadeelde persoon recht heeft, de integrale vergoeding van het

nadeel dient uit te maken; dat niet rekening dient te worden gehouden met buiten de schuld of buiten het nadeel zelf staande gebeurtenissen, welke zich na het onstaan van bedoeld nadeel mochten hebben voorgedaan en de toestand van de benadeelde persoon mochten verbeterd of verergerd hebben; dat de eerste rechter om de schade te ramen, terecht rekening heeft gehouden met de waarde van het dier ten tijde van het ongeval; dat het verzoek om een expertise tot vaststelling van de huidige waarde van de in 1944 geëlektrocuteerde merrie van afdoendheid is ontbloot; dat de geïntimeerde zonder de schuld van aanlegster door als toen zijn eigendom te gelde te maken, de zeer hoge prijs had kunnen genieten, welke de merrie ten tijde van het schadegeval waard was;

Overwegende ongetwijfeld dat hij, wiens zaak is verloren gegaan ten gevolge van een ongeoorloofde daad, recht heeft op het herstel van zijn vermogen door de teruggave van de zaak, welke hij heeft verloren; dat, indien teruggave onmogelijk is, de aan de getroffene toegekende schadevergoeding, onafhankelijk van de vergoeding van het bijkomend nadeel, hetwelk hij kan hebben geleden, de waarde van de zaak ten dage van het herstel van het vermogen dient te vertegenwoordigen;

Overwegende dat, al wijst het arrest er op dat, zonder de schuld van de appellante, de geïntimeerde zijn merrie ten tijde van het schadegeval had kunnen verkopen en de toentertijd geldende zeer hoge prijs ervoor had kunnen bekomen, het daardoor slechts rekening houdt met een veronderstelling; dat het geen vaststelling inhoudt van het bestaan van een bijkomend nadeel;

Overwegende dat het arrest aldus de principes heeft miskend, waarbij de vergoeding wordt geregeld van het uit een oneigenlijk misdrijf voortspruitend nadeel en het in het middel aangehaalde artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek heeft geschonden" (Cass., 20 maart 1953, *R.W.*, 1953-54, 251; *Pas.*, 1953, I, 552; *R.G.A.R.*, 1954, 5299).

406 De vraag werd gesteld of bij vernieling of ontvreemding van koopwaren voor bederf vatbaar, geen afwijking op boven uiteengezette principes zou moeten aangenomen worden.

Men liet inderdaad gelden dat deze koopwaren in elk geval, kort na de onrechtmatige daad zouden verkocht geweest zijn, tegen de alsdan geldende prijs.

Daarom zou de schadeloosstelling, berekend op de hogere prijs, zoals die op het tijdstip van de uitspraak geldt, een vermogensvermeerdering voor de benadeelde betekenen.

Het Hof van Cassatie heeft zeer terecht deze zienswijze verworpen (Cass., 8 mei 1952, *t.a.p.*).

De toenmalige eerste advocaat-generaal HAYOIT DE TERMICOURT liet, na een beschouwing in verband met de billijkheid, in zijn conclusie voor dit arrest ten aanzien van het recht het volgende gelden, en werd daarin door het hof gevolgd:

„Le dommage dont il est dû réparation est essentiellement, non point la privation pour la victime du prix de *vente* de la chose dont elle fut dépouillée, mais la privation de la *possession* de la chose elle-même. La réparation doit donc consister, à tout le moins, soit dans la remise d'une chose semblable, soit dans le payement de dommages et intérêts permettant à la victime, au moment où ce payement est effectué, d'acquérir pareille chose. Et si l'acheteur responsable peut être ainsi tenu à des dommages et intérêts d'un montant plus élevé que la somme qu'il eût dû payer, s'il avait immédiatement réparé le dommage par lui causé, c'est uniquement en raison du retard mis par lui à exécuter son obligation de réparation. Cette conséquence, il doit la supporter. Quand à la victime, elle ne recueille point un enrichissement, en raison de l'acte illicte, puisqu'elle ne reçoit que l'equivalent de la chose dont elle a été dépouillée" (conclusie voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 576).

407 In zover de prijs van de vernielde zaak bepalend is bij de begroting van de schadeloossteling, komt, in een tijd van vrij economisch verkeer slechts één prijs in aanmerking, nl. de marktprijs, als uitslag van de wet van vraag en aanbod.

Zodra echter, ten tijde van schaarste, een reglementering van de prijzen ingevoerd is ontstaat de zwarte markt.

De vraag werd gesteld, en kan mogelijks in de toekomst opnieuw oprijzen, welke prijs dient in aanmerking genomen te worden bij het begroten van de schadeloosstelling.

Tijdens de laatste bezetting is de rechtspraak zonder aarzelingen gevestigd in die zin, dat de prijsreglementering de verrichtingen van koop-verkoop en aanbod tot verkoop betrof, doch, niet kan toegepast worden op de begroting van de schadeloosstelling (Cass., 5 aug. 1942, *Pas.*, 1942, I, 177; *R.G.A.R.*, 1946, 3972; Cass., 18 maart 1943, *Pas.*, 1943, I, 98; Cass., 25 maart 1943, *Pas.*, 1943, I, 110).

Schadeloosstelling immers is geen koop (zie boven, nr. 420). De aansprakelijke moet de werkelijke schade vergoeden, en, waar hij tot een geldelijke schadeloosstelling veroordeeld wordt in plaats van een herstel *in natura*, kan de officiële prijs van het vernielde goed of van herstellingswerken niet bepalend zijn om de waarde van zijn verbintenis te begroten. Alleen de werkelijke waarde, zij het diegene die in de *zwarte marktprijs* uitgedrukt wordt, zal voor een juiste vergoeding in aanmerking komen (PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 135 e.v.; PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1947, 68; Corr. Gent, 12 dec. 1941, *R.G.A.R.*, 1942, 3702; Luik, 27 febr. 1947, *Pas.*, 1947, II, 45; *R.G.A.R.*, 1947, 3998, met noot R. BOUILLENNE; *vgl.* Rb. Brussel, 22 febr. 1955, *J.T.*, 1956, 61; *anders:* A. DE VILLÉ, *La règlementation des prix et salaires dans ses rapports avec l'évaluation des indemnités en matière de responsabilité civile, Bull.Ass.*, 1945, 33 e.v.).

De Franse en de Nederlandse rechtspraak, kwamen nagenoeg tot dezelfde uitslag, hetzij door de zwarte marktprijs toe te passen, hetzij, door boven de officiële prijs een bijkomende vergoeding toe te kennen wegens de moeilijkheid om, in de tijden van schaarste, in de vervanging van de zaak te voorzien (zie o.m. Cass.fr., 4 maart 1947, *J.C.P.*, 1948, II, 4162, met noot FRÉJAVILLE; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, door JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, (1950), blz. 253; Cass.fr., 26 juli 1948, *J.C.P.*, 1948, II, 4518; *Les grands arrêts..., t.a.p.;* A. TUNC, *Comment réparer, dans une économie de taxation et de rationnement, le préjudice résultant de la perte d'un bien, Rec.Dall.*, 1946, *Chr.*, 57; Kantong, Amsterdam, 21 juli 1947, *N.J.*, 1948, nr. 224; Arrond. Arnhem, 8 april 1948, *N.J.*, 1948, nr. 745).

408 De vraag werd ook gesteld of geen uitzondering moest gemaakt worden op het principe van de vrije marktprijs, begroot naar het tijdstip van de uitspraak, waar vaststaat dat de benadeelde in feite, het beschadigde goed, ondanks de beschadiging, tegen een zeer voordelige prijs verkocht heeft tussen het schadegeval en de uitspraak.

Het Hof te Brussel, zetelend met verenigde kamers, velde dienaangaande een arrest vol schakeringen. In principe kan van geen vermogensvermeerdering zonder oorzaak in hoofde van de benadeelde spraak zijn, waar hij het beschadigde goed in uiterst voordelige voorwaarden verkocht; de door hem ontvangen prijs vindt immers zijn tegenprestatie in de eigendomsoverdracht.

Maar met het feit van deze gunstige verkoop kan, bij de begroting, rekening gehouden worden omdat daaruit kan blijken, dat, afgezien van de bijzondere gelegenheidswaarde voor de koper, het verkochte goed in werkelijkheid een grotere waarde had dan de deskundige beweerd had, nl. in verband met de kansen van een gunstige verkoop (Brussel, 28 dec. 1949, *R.G.A.R.*, 1950, 4582; *J.T.*, 1950, 256; *vgl.* in dezelfde zin betreffende de waardevermindering van een herstelde auto, die nadien op voordelige wijze verkocht werd: Rb. Rotterdam, 20 mei 1955, *N.J.*, 1955, nr. 646, blz. 1152; *vgl.* L. RIPERT, nr. 157, blz. 175).

409 Indien tussen het schadegeval en het vonnis, de schade door een deskundig onderzoek begroot werd, blijven de bovenuiteengezette principes volledig van toepassing. De begroting van de deskundige is overigens nooit bindend voor de rechter.

Indien sedertdien de prijzen gestegen of gedaald zijn, zullen de prijzen van het ogenblik der uitspraak in aanmerking genomen worden, in dezelfde mate als in de

gevallen waar geen deskundig verslag zou opgemaakt zijn (Brussel, 18 maart 1950, *J.T.*, 1950, 293).

Het verschil tussen de begroting van de deskundige, en de werkelijke prijzen van vervanging of herstel kan o.m. blijken uit hetgeen, sedert het deskundig verslag in werkelijkheid door de benadeelde uitgegeven werd voor deze vervanging of herstellingswerken (Rb. Bergen, 12 dec. 1930, *R.G.A.R.*, 1931, 835; *vgl.* Gent, 3 febr. 1949, *R.W.*, 1948-49, 1101).

B. TWEEDE MOGELIJKHEID: DE BENADEELDE HEEFT, VÓÓR DE UITSPRAAK, ZELF VOORZIEN IN DE HERSTELLING OF VERVANGING

410 De benadeelde persoon kan, zonder de uitspraak over zijn eis tot schadeloosstelling af te wachten, zelf overgaan tot de vervanging van het vernielde of ontvreemde goed, of de herstellingswerken aan het beschadigde goed laten uitvoeren, en de prijs daarvan betalen.

In dit geval rijst de vraag op, of zijn schuldvordering tegen de aansprakelijke niet van aard verandert, doordat zij een bepaalde geldsom, — de betaalde prijs, — tot voorwerp zou hebben.

Er wordt in Frankrijk voorgehouden dat het herstel van zijn eigen schade, door de benadeelde, een uitzondering medebrengt op de regel volgens dewelke de schade en de schadeloosstelling naar het tijdstip van de einduitspraak begroot worden; hierdoor zou de benadeelde de schade onveranderlijk vastgesteld hebben op het ogenblik van het door hem zelf verwezenlijkte herstel; de schade, die voordien bestond in het verlies of de beschadiging van zijn zaak, zou van aard veranderd zijn en zij zou voortaan bestaan in het verlies van de door de benadeelde uitgegeven geldsom.

M.a.w. de vordering tot schadeloosstelling zou veranderd zijn in een vordering met een bepaalde geldsom tot voorwerp. Hieruit zou volgen dat de waarde van de verbintenis van de aansprakelijke niet meer moet begroot worden; zij zou integendeel gelijk zijn aan de door de benadeelde uitgegeven som, te vermeerderen met de interesten. En dit principe zou evenzeer toepassing vinden zowel na daling als na stijging van de prijzen (MAZEAUD, III, nr. 2420-6, blz. 799; nr. 2423-2 e.v., blz. 811 e.v.; nr. 2423-7, blz. 814; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, II, nr. 1157, blz. 411; DERRIDA, *J.C.P.*, 1951, I, 918; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 1972, nr. 698, blz. 269; Cass.fr., 24 maart 1953; *Rec.Dall.*, 1953, J, 354).

411 De tegenovergestelde oplossing geldt in België. De uitvoering van herstelling of het voorzien in de vervanging door de benadeelde, verandert geenszins de verbintenis tot schadeloosstelling, — d.i. een verbintenis waarvan de waarde moet begroot worden, — in een verbintenis met een bepaalde geldsom tot voorwerp, waarop de regel van artikel 1895 B.W. toepassing zou vinden.

De schade moet derhalve steeds door de rechter begroot worden, en indien tussen de betaling van herstellingswerken en de uitspraak een devaluatie plaats had, of indien de prijzen gestegen zijn zal het niet toepasselijke artikel 1895 B.W. niet verhinderen dat een heraanpassing zou geschieden (Cass., 26 febr. 1931, zie verder, nr. 421; *vgl.* Gent, 3de K., 25 jan. 1975, *R.W.*, 1974-75, 2141).

Anders is het geval wanneer tussen de aansprakelijke en de benadeelde overeengekomen was dat laatstgenoemde tot de herstellingswerken of vervanging zou overgaan op kosten van de eerste. In dat geval

is de verbintenis tot schadeloosstelling teniet gegaan door schuldvernieuwing, door verandering van het voorwerp der verbintenis, in het betalen van een bepaalde geldsom.

412 Het feit echter, dat door de benadeelde herstellingswerken of de kosten van vervanging betaald werden, zal in aanmerking kunnen komen bij de begroting van de schadeloosstelling (Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 570, met concl. HAYOIT DE TERMICOURT, *R.G.A.R.*, 1952, 5055; *J.T.*, 1952, 348).

In de regel zal, waar de herstelling volledig geschiedde, of de vervanging juist passend was, de schade bepaald worden door de prijs die daarvoor door de benadeelde betaald was. Deze wordt dan volledig schadeloos gesteld door de toekenning van een gelijk bedrag, vermeerderd met de vergoedende interesten vanaf de betaling.

Indien echter, in een tijd van economisch onevenwicht, inmiddels de prijzen veranderd zijn, ontstaat een moeilijkheid.

413 Indien de prijzen gedaald zijn, zal de aansprakelijke niettemin het door de benadeelde uitgegeven bedrag moeten vergoeden met de interesten, indien de benadeelde redelijk handelde ten tijde van de herstelling of vervanging (PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 143).

414 Indien de prijzen gestegen zijn, is de vraag moeilijker.

Zoals de toenmalige eerste advocaat-generaal HAYOIT DE TERMICOURT reeds stelde, is de vraag waarover de rechter moet oordelen de volgende: „quelle somme eût-il fallu, en unité monétaire d'aujourd'hui, pour acquérir au jour de remplacement une chose semblable à celle dont la victime a été dépouillée ou pour effectuer, au jour des travaux, les travaux de réparation nécessaires?" (concl. voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 575).

Deze vraag werd echter benaderd rekening houdend met het vereiste van monetair recht, nl. dat slechts een wettelijke wijziging van de munteenheid een heraanpassing van de schadeloosstelling aan de koopkracht van de frank naar het ogenblik van de einduitspraak kan toelaten (zie verder, nr. 420 e.v.).

415 Uit de recente evolutie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, kan echter terecht worden afgeleid dat, ook zonder wettelijke wijziging in de munteenheid, een heraanpassing aan de werkelijke koopkracht van de frank mag geschieden.

Alleen op die manier is een rechtvaardige oplossing mogelijk (zie verder, nr. 427-4 e.v.).

C. DERDE MOGELIJKHEID: DE BENADEELDE HANDELDE SCHULDIG DOOR NIET ZELF TIJDIG TE VOORZIEN IN DE HERSTELLING OF VERVANGING

416 Bij de bespreking van dit vraagstuk mag herinnerd worden aan de vraag die in dit verband kan oprijzen, nl. of op de benadeelde niet in sommige concrete gevallen de plicht rust om de schade te beperken, zodat hij derhalve tijdig zal moeten voorzien in de vervanging of de reparatie van de zaak.

Het Hof van Cassatie heeft aan deze mogelijkheid herinnerd in zijn reeds aangehaald arrest van 8 mei 1952 (zie boven, nr. 403). Maar, zoals verder zal blijken, gaat het daarbij over het uitzonderlijke geval van onrechtmatig stilzitten van de benadeelde, waardoor zijn schade vergroot werd, en in die mate te zijnen laste moet blijven (zie verder, nr. 460 e.v.).

Een toepassingsgeval van deze mogelijke eigen schuld van de benadeelde mag hier aangehaald worden, nl. dit waar de aangesprokene hem een in alle opzichten voldoende aanbod gedaan heeft om de schade te herstellen.

Indien inmiddels de prijzen gestegen zijn, kan de aansprakelijke persoon niet tot een hoger bedrag veroordeeld worden, dan dat van de juiste schadeloosstelling op het tijdstip van zijn voldoende aanbod (DERRIDA, *J.C.P.*, 1951, I, 918).

Waar bij een eenvoudig aanbod van betaling, wellicht niet kan gesproken worden van schuldeisersverzuim, staat het niettemin vast dat, waar het aanbod voldoende was, de weigering vanwege de benadeelde onrechtmatig was. Daarom blijft de grotere schade der nadien ingetreden prijsstijging voor zijn rekening.

§ 2. Persoonsschade

417 De wedde- en loonsverhogingen, die zich tussen het schadegeval en de uitspraak voordeden, moeten in aanmerking genomen worden bij de begroting van de schade door doodslag of verwonding.

Inderdaad, de vermogensschade wordt o.m. daaraan gemeten. De toegepaste wedden of lonen zijn een maatstaf om het verloren inkomen te begroten. Zij duiden aan welke wedde of welk loon het slachtoffer op dat ogenblik zou verdiend hebben, was het niet geheel of gedeeltelijk werkonbekwaam, of was het in leven gebleven. Waar met toekomstige wedden of loonsverhogingen moet rekening gehouden (zie boven, nr. 110 e.v.), moet *a fortiori* met de reeds verwezenlijkte verhogingen rekening gehouden worden.

Zij duiden aan welk verlies reeds geleden is, en zijn de maatstaf om het bedrag te begroten dat, op dat ogenblik, nodig is om het vermogen van de aanspraakgerechtigde in de toestand te herstellen waarin het gebleven zou zijn zonder de onrechtmatige daad (Luik, 25 juni 1943, *R.G.A.R.*, 1947, 3995; Brussel, 9 juni 1945; *Bull.Ass.*, 1945, 279; Brussel, 13 juli 1946, *R.W.*, 1946-47, 125; *R.G.A.R.*, 1946, 3922; Brussel, 29 mei 1948, *R.G.A.R.*, 1949, 4301, 4347 en 4424; *Bull.Ass.*, 1949, 87; Brussel, 19 jan. 1950, *R.G.A.R.*, 1950, 4559; Brussel, 29 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 859; Gent, (5de K.), 24 nov. 1970, *R.G.A.R.*, 1971, 8639 met noot J.F.; Antwerpen, 16 april 1975, *R.G.A.R.*, 1977, 9749 met noot MAHIEU; Mons, 30 juni 1978, *Verz.*, 1979, 213 met noot SCHRIJVERS; *R.G.A.R.*, 1979, 10.033; zie ook M. VANDEUR, *Schadeloosstelling volgens gemeen recht*, 1979, blz. 60; Cass.fr., 26 okt. 1949, *J.C.P.*, 1950, nr. 5310, met noot ESMEIN; *J.T.*, 1950, 173).

Hetzelfde principe wordt ook wel eens op een andere wijze verwezenlijkt door uit te gaan, niet van de stijging van wedden en lonen, maar van de correlatieve vermindering van de koopkracht van de frank. De oorspronkelijke begroting wordt dan met een coëfficiënt in die verhouding vermeerderd (*vgl.* Corr. Dinant, 10 mei 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4307; *Pas.*, 1949, III, 55; zie verder, nr. 420 e.v.).

418 Wat de slachtoffers, beoefenaars van vrije beroepen betreft, zal een algemene prijsstijging in aanmerking genomen worden, bij het begroten van de schadeloosstelling wegens invaliditeit of overlijden (PIRET, noot onder Cass., 24 nov. 1949, *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 555; *anders:* Brussel, 29 mei 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4347).

419 Na doodslag of verwonding worden ook doorgaans als schadeposten aangevoerd, de uitgaven door het slachtoffer of zijn nabestaanden gedaan voor vervoer, geneeskundige of heelkundige zorgen, farmaceutische produkten, hospitalisatie e.d.m. (over de verhaalbaarheid dezer uitgaven, zie verder, nr. 1084 e.v.).

Op de begroting van de schadeloosstelling voor dergelijke uitgaven, nadat de prijzen daarvan gestegen zijn, sedert de betaling door de aanspraakmakende persoon, zijn dezelfde principes van toepassing, die betreffende de uitgaven tot vervanging of herstelling van zaken, reeds besproken werden (zie boven, nr. 410 e.v., en meer bepaald, nr. 415).

AFDELING II

WIJZIGINGEN IN DE KOOPKRACHT VAN DE MUNT, IN DE WISSELKOERS EN DE RENTEVOET

§ 1. Munt

420 [...]

421 De koopkracht van de frank kan, tussen het ogenblik van het schadegeval en dit van de uitspraak, naar wier tijdstip de rechter de schadeloosstelling moet begroten, gewijzigd zijn.

Bekeken vanuit het recht der schadeloosstelling, wordt het vraagstuk beheerst door de hoofdregel: een volledige schadeloosstelling (zie boven, nr. 234). Om de gelijkwaardigheid tussen schade en schadeloosstelling te verzekeren, moet deze laatste door de rechter zo dicht mogelijk bij haar betaling begroot worden, d.w.z. praktisch, op het ogenblik van de einduitspraak (F. GLANSDORFF, *Les conséquences de la dépréciation monétaire entre l'accident et le moment du jugement*, *R.G.A.R.*, 1980, 10.130; zie verder boven, nr. 368 e.v.).

Gedurende de voorbije decennia werden deze principes, onder invloed van meerdere arresten van het Hof van Cassatie, echter slechts toegepast binnen het beperkte kader van het monetaire recht en de restrictieve interpretatie die eraan werd vastgehecht.

Tengevolge van die wisselwerking tussen de monetaire wetgeving en de regelen die de begroting van de schadeloosstelling beheersen, ontstond in de Belgische rechtspraak een grote verwarring.

422 Er kunnen namelijk moeilijkheden ontstaan wanneer de schade of bepaalde van haar bestanddelen en, gebeurlijk ook reeds de schadeloosstelling die hieraan gelijk moet zijn, of nog bepaalde bestanddelen van haar begroting, in geld

gewaardeerd zijn naar een vroeger tijdstip dan dat van de einduitspraak en tussen dit eerste ogenblik, en dit van de uiteindelijke begroting, een wijziging ingetreden is in de koopkracht van de frank.

Dit zou kunnen gebeuren o.m. in de volgende hypotheses:

— Waar de rechter zijn begroting in een dubbele bewerking uitvoert:

a) de begroting van de schade of zekere van haar bestanddelen, naar het tijdstip van het oorspronkelijke schadegeval, b.v. het alsdan geldende loon, of de waarde van vervangingsvoorwerpen, of nog, de kostprijs van herstellingswerken;

b) nadien de aanpassing van het oorspronkelijk vastgestelde bedrag op zijn huidige waarde, door het aanwenden van een verhogingscoëfficiënt.

— Waar een deskundig verslag opgesteld werd tot vaststelling en begroting van de schade, op een ogenblik dat de veranderingen in de koopkracht van de frank voorafgaat.

— Waar de schadeloosstelling in beroep begroot wordt, en derhalve, vanzelfsprekend, de schade en schadeloosstelling naar een vroeger tijdstip, normaal dit van het aangevochten vonnis, begroot werd.

— Of nog, waar de benadeelde de herstellingswerken zelf uitvoerde en de uitgave op dat ogenblik derhalve omschreven is.

423 Daaruit kan vooreerst afgeleid worden dat in vele gevallen mogelijke conflicten met de monetaire wetgeving kunnen vermeden worden.

De rechter kan immers dikwijls de schade, — en dus ook de schadeloosstelling, — onmiddellijk begroten op een bedrag franks, naar het tijdstip van zijn uitspraak, in hun werkelijke koopkracht, gelijk aan de schade (conclusie SARTINI VAN DEN KERCKHOVE voor Cass., 26 febr. 1931, *Pas.*, 1931, I, 97; PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 147 e.v.; PIRET, *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 555 e.v.; Rb. Charleroi, 26 juni 1951, *R.G.A.R.*, 1952, 5054).

Aldus b.v. zal hij de huidige lonen aanwenden bij zijn berekening der inkomstenschade, rekening houdend met het feit dat het slachtoffer deze op dat ogenblik zou verdiend hebben, in plaats van het oorspronkelijke loon te vermeerderen met de coëfficiënt die zou gelijk zijn aan de sedertdien verwezenlijkte vermindering van de koopkracht van de frank (zie boven, nr. 417).

Zo ook kan hij vaststellen hoeveel op het ogenblik van zijn uitspraak, de kosten van herstellingswerken bedragen, om de sedert het deskundig verslag onjuist geworden begroting te verwerpen (zie boven, nr. 409 en 415).

424 Er zijn echter gevallen waar de moeilijkheden niet kunnen omzeild worden.

Dit is nl. het geval waar de eerste rechter het bedrag van de geldelijke genoegdoening voor extrapatrimoniale schade op een bedrag van b.v. 10.000 fr. begroot had, en, sedert dit vonnis, de koopkracht van de frank verminderd is.

In dat geval zal de rechter in beroep moeten vaststellen dat, ook al had de eerste rechter het bedrag juist begroot in het aangevochten vonnis, sedertdien het aantal franks waarin het uitgedrukt werd, niet meer voldoende is.

425 Heel de aangelegenheid wordt beheerst door het onderscheid, dat ten aanzien van artikel 1895 B.W. tussen de schuldvorderingen gemaakt wordt, nl. enerzijds die waarvan het voorwerp in een numerieke geldsom bepaald werd, hetzij door de partijen, hetzij door de wet, en anderzijds de schuldvorderingen waarvan de waarde door de rechter moet begroot worden in zijn uitspraak.

De regel, die, in overeenstemming met het principe van het nominalisme, aan artikel 1895 B.W. ten grondslag ligt, geldt algemeen, ook buiten de hierin bedoelde overeenkomst van geldlening, telkens waar het bedrag van de geldschuld onveranderlijk bepaald is door de wet of door de overeenkomst.

Het bepaalt dat de waarde van de verbintenis van de schuldenaar steeds vastgesteld wordt, niettegenstaande eventuele devaluaties, door het numerieke bedrag, in de overeenkomst vermeld (Cass., 9 maart 1933, *Pas.*, 1933, I, 159, met noot P.L.; Tw. *Agiobeding*, nr. 9; *anders:* R. SAVATIER, noot onder Cass.fr., 3 nov. 1953, *Rec.Dall.*, 1954, J, 1). Maar deze regel kan niet toegepast worden op de verbintenissen waarvan de waarde door de rechter in geld moet begroot worden (Cass., 26 febr. 1931, *Pas.*, 1931, I, 94, met conclusie SARTINI VAN DEN KERCKHOVE; Cass., 7 juli 1938, *Pas.*, 1938, I, 261).

Tot de eerste soort behoren: de verbintenissen uit overeenkomst met een geldsom tot voorwerp, die niet in schadeloosstelling ontbonden zijn, en de wettelijke verbintenissen met een geldsom tot voorwerp, waarvan het bedrag door de wet vastgesteld is, zoals b.v. de verbintenis van de werkgever of zijn verzekeraar na arbeidsongevallen.

Tot de tweede soort behoren de verbintenissen uit overeenkomst ontstaan, in zover zij in schadeloosstelling ontbonden zijn, en de verbintenissen tot schadeloosstelling buiten de gevallen waar de wetgever het numerieke bedrag daarvan bepaalde.

De verbintenis tot schadeloosstelling uit onrechtmatige daad behoort aldus tot de tweede soort (Cass., 26 febr. 1931, *Pas.*, 1931, I, 94, met conclusie SARTINI VAN DEN KERCKHOVE; Cass., 17 febr. 1943, *Pas.*, 1943, I, 64; Cass., 24 nov. 1949, *t.a.p.;* J. VAN MULLEN, *L'incidence des variations monetaires sur le droit belge des obligations, Ann.F.Dr. Liège,* 1978, blz. 57 e.v.; Fr. MAUSSION, *De l'incidence de la dépréciation monétaire sur la fixation des indemnités spécialement en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique,* noot onder Cass., 20 sept. 1979, *R.Crit.J.B.*, 1982, 106 e.v.).

In enkele arresten na 1931 geveld heeft het Hof van Cassatie enkele onnauwkeurige bewoordingen gebruikt waardoor slechts schijnbaar zou afgeweken zijn van het principiële onderscheid dat in het arrest van 26 februari 1931 gemaakt werd.

Dit was nl. het geval in de zoëven aangehaalde arresten van 1943 en 1949, waarin een onderscheid ondersteld scheen, tussen de verbintenissen uit overeenkomst ontstaan en alle andere. Deze afwijking van de vroegere rechtspraak is geenszins werkelijk. Het Hof moest, in de laatste twee arresten, het onderscheid niet even nauwkeurig maken als in diegene die het onderscheid nauwkeuriger maakten, enerzijds van 28 mei 1931 (*Pas.*, 1931, I, 180) betreffende de schadeloosstelling na wanprestatie, en anderzijds van 7 juli 1938 (zie verder, nr. 433) betreffende de wettelijk bepaalde verbintenis van de werkgever na arbeidsongeval.

Uit de ongelukkige bewoordingen van de arresten van 1943 en 1949 mag dan ook niet besloten worden dat het principiële onderscheid van 1931 prijs gegeven werd.

Dit moge des te meer blijken uit het feit dat in een arrest van 18 januari 1932 (*Pas.*, 1932, I, 49) dezelfde onnauwkeurigheid voorkwam, wat niet belette, dat waar het voor de juiste oplossing nodig was, in een later arrest van 7 juli 1938, teruggegrepen werd naar de juiste formule van 1931 (zie de noot P.L. onder Cass., 9 maart 1933, *Pas.*, 1933, I, 159; PIRET, *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 547 e.v.; *vgl.* DE HARVEN, noot, *R.Crit.J.B.*, 1951, 15).

426 Welnu waar de rechter, bij zijn veroordeling van de aansprakelijke, de waarde van de verbintenis, die hij moet begroten, in de wettelijke munteenheid uitdrukt, moet hij, opdat de schade volledig door de uitvoering van de veroordeling zou vergoed worden, noodzakelijk de som, in franken uitgedrukt, bepalen volgens de werkelijke koopkracht van de frank. Anders zou de aanspraakgerechtigde te weinig of te veel ontvangen: te weinig indien het bedrag naar de vroegere koopkracht uitgedrukt ware; te veel indien het bedrag uitgedrukt ware in verhouding tot een wettelijke devaluatie, waarmede geen evenredige vermindering van de koopkracht gepaard ging (zie PIRET, *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 553).

427.1 Aan de aard van de verbintenis tot schadeloosstelling, als te begroten verbintenis, wordt niets gewijzigd door het feit dat de benadeelde herstellingswerken had laten uitvoeren tegen een bepaalde prijs, of nog waar geneeskundige kosten, vervoerkosten, begrafeniskosten e.a.d. effectief door hem betaald werden. Zijn aanspraak krijgt daardoor geenszins een ander karakter; zij wordt geen verbintenis waarop artikel 1895 B.W. toepassing zou vinden.

Dit werd terecht duidelijk beslist door het Hof van Cassatie in het toonaangevende arrest van 26 februari 1931.

Na een aanvaring waren door de benadeelde de herstellingswerken uitgevoerd en betaald, waarna een devaluatie volgde. De uitvoering en betaling van de herstellingswerken hebben de schuld van de aansprakelijke niet veranderd in een geldschuld waarvan het bedrag door de overeenkomst van de partijen of de wet bepaald was; derhalve moest zij door de rechter begroot worden naar het tijdstip van zijn uitspraak met inachtneming van de werkelijke waarde van de frank op dat ogenblik (*Pas.*, 1931, *R.Dr.Pén.*, I, 94, met concusie SARTINI VAN DEN KERCKHOVE; zie hierover PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 141 e.v.; PIRET, 1949-50, 547, waar duidelijk aangetoond werd dat het arrest van 21 dec. 1944 aan deze rechtspraak geen wijziging bracht; zie ook Gent (3de K.), 25 jan. 1975, *R.W.*, 1974-75, 2141).

De rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie wijkt hiervan af, en laat geen herwaardering toe (Cass.fr., 24 maart 1953, *Rec.Dall.*, 1953, I, 354; DERRIDA, *J.C.P.*, I, 918; MAZEAUD, III, 1978, nr. 2423-2, blz. 811).

427.2 De rechter is door het monetaire recht gehouden, de veroordeling die een geldsom tot voorwerp heeft — nadat andere specifieke vormen van schadeloosstelling van de hand gewezen zijn — in de wettelijke munt uit te spreken (Cass., 26 febr. 1931, *Pas.*, 1931, I, 94 met conclusie van SARTINI VAN DEN KERCKHOVE; Cass., 24 nov. 1949, *Pas.*, 1950, I, 186; *R.W.*, 1949-50, 953; *J.T.*, 1950, 55, met noot PIRET; *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 542, met noot PIRET; *R.G.A.R.*, 1951, 4766; *R.P.Not.*, 1951, 374; *R.Crit.J.B.*, 1951, 5 met noot P. DE HARVEN).

De mogelijkheid om de geleden schade in buitenlandse munt te waarderen, mits veroordeling tot schadeloosstelling in nationale munt, werd reeds besproken (zie boven, nr. 325).

Het reeds vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 24 november 1949 stelt immers dat de rechter gehouden is ,,de faire usage de l'unité légale de monnaie telle qu'elle est fixée au moment où il statue, sous réserve de l'application de la loi du 29 avril 1935''.

Deze wet bepaalt in art. 1 : Wanneer er aanleiding is tot schatting van een vergoeding

of schadeloosstelling, wordt met de wijzigingen aan de goudpariteit van de frank geen rekening gehouden, dan in de mate waarin zij, de dag van die schatting, invloed hadden op de werkelijke koopkracht van de frank in de zaak waarover het gaat.

427.3 Ofschoon deze bepaling enkel inhoudt dat het de rechter niet is toegelaten de schadeloosstelling automatisch te verhogen in dezelfde verhouding als de wettelijke koopkracht, wanneer de werkelijke koopkracht niet in dezelfde mate is aangetast (R. BEYENS, noot onder Pol. Fléron, 17 febr. 1965, *Bull.Ass.*, 1966, 949; M. VANDEUR, *Schadeloosstelling volgens gemeen recht*, 1979, blz. 56), meende het Hof van Cassatie te moeten interpreteren, in die zin dat vooraf een wettelijke muntdevaluatie noodzakelijk was, vooraleer de rechter soeverein zou kunnen beslissen over de werkelijke weerslag ervan op het concreet te behandelen geval (zie o.m. Cass., 17 febr. 1943, *Pas.*, 1943, I, 64; Cass., 3 juli 1944, *Pas.*, 1944, I, 424; *R.G.A.R.*, 1946, 3825, met noot J.F.; Cass., 24 nov. 1949, *t.a.p.*).

Deze interpretatie van het hoogste Hof werd echter op kritiek onthaald en heeft de rechtsvrede niet kunnen bewerken (zie b.v. R. PIRET, *L'arrêt de cassation du 24 nov. 1949 et l'évaluation des dommages-intérêts et indemnités*, *J.T.*, 1950, 49 e.v.; G. SUETENS-BOURGEOIS, *Waardering bij onteigening*, *T.P.R.*, 1970, blz. 33 e.v.; G. SUETENS-BOURGEOIS, *De onteigeningsvergoedingen*, *R.W.*, 1973-74, 2079 e.v.; S. DAVID-CONSTANT, *Erosion monétaire en droit privé*, *Ann.F.Dr. Louvain*, 1977, 433 e.v.; Brussel, Ver. Kamers, 28 dec. 1949, *R.Crit.J.B.*, 1951, 9).

427.4 Dit restrictief beginsel, dat uiteraard aan het principe van een volledige schadeloosstelling afbreuk doet, wordt echter in enkele meer recente uitspraken van het Hof van Cassatie verlaten.

Reeds in een arrest van 27 juni 1974, inzake contractuele aansprakelijkheid, werd door het Hof gesteld dat de monetaire ontwaarding, of hetgeen op hetzelfde neerkomt, de stijging der prijzen, een verhoging van de nominale waarde van de schadeloosstelling meebrengt. Het Hof vervolgt: „Overwegende dat het Hof van Beroep door het beginsel van dat advies aan te nemen en door de maatregelen van onderzoek, die het meebrengt, te bevelen, niet beslist dat het monetair statuut of de waarde van de frank als wettig betaalmiddel gewijzigd werden, maar enkel dat het bedrag van de aan verweerster verschuldigde vergoeding, dat zij in de wettelijke munt vaststelt, moet berekend worden met inachtneming van de werkelijke koopkracht van de munt op het bedoelde gebied, op de datum van zijn beslissing" (Cass., 27 juni 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1222; *Pas.*, 1974, I, 1128; *R.G.A.R.*, 1975, 9412; *T.Aann.*, 1975, 254, met noot van R. MOORS).

In dezelfde zin oordeelde het Hof in een arrest van 1 juni 1976 (Cass., (2de K.), 1 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 1086; *Pas.*, 1976, I, 1046; *R.W.*, 1976-77, 211; *R.G.A.R.*, 1978, 9896).

Het Hof van Cassatie ging echter nog verder. In een arrest van 20 juni 1977 wordt immers aan de rechter niet alleen de mogelijkheid geboden om met de monetaire ontwaarding rekening te houden, maar wordt hem tevens die principiële verplichting opgelegd, indien het slachtoffer deze eis vooropstelt.

Aldus zal de rechter, die geen acht slaat op de muntonwaarding en de effectieve koopkrachtvermindering van de munt uitsluit, art. 1382 B.W. schenden (Cass., 20 juni 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 1082; *Pas.*, 1977, 1068; *R.G.A.R.*, 1978, 9919; *R.W.*, 1978-79, 171; *J.T.*, 1978, 83; Cass., 9 mei 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 1072; *Pas.*, 1979, I, 1060; *R.W.*, 1979-80, 2508; *Verz.*, 1979, 481).

427.5 Deze recente arresten tonen duidelijk aan dat de vroegere interpretatie, m.b.t. de invloed van de monetaire wetgeving, werd gewijzigd.

Art. 1 van de Wet van 29 april 1935 verbiedt namelijk alleen een aanpassing van de schadeloosstelling in dezelfde mate van een wettelijke devaluatie, indien de werkelijke koopkracht niet in dezelfde verhouding is veranderd.

Vertrekkend van het basisbeginsel dat het slachtoffer recht heeft op een volledig herstel van de schade, kan enkel de effectieve koopkrachtvermindering een juiste maatstaf bieden voor de begroting van de schadeloosstelling, m.a.w. er moet rekening worden gehouden met de reële, economische waarde van de munt (R. PIRET, *L'Arrêt de cassation du 24 nov. 1949 et l'évaluation des dommages-intérêts et indemnités, J.T.*, 1950, 49; R. PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1948, 68 e.v.; conclusies DUMON bij Cass., 20 sept. 1979, *J.T.*, 1980, 116 e.v.; zie nochtans J. SCHRIJVERS, noot onder Mons, 30 juni 1978, *Verz.*, 1979, 213 e.v.).

Samenvattend kan aldus gesteld worden dat

— in geval van wettelijke devaluatie, toepassing zal moeten gemaakt worden van art. 1 van de Wet van 29 april 1935. Dit zal thans b.v. moeten gebeuren met inachtneming van de recente muntdevaluatie met 8,5 % van 21 febr. 1982.

— in geval van feitelijke muntwaarding, in navolging van de nieuwe cassatierechtspraak, de economische waarde van de munt zal moeten gehanteerd worden (*vgl.* b.v. Mons, 30 juni 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10.036; Liège, 18 jan. 1982, *J.Liège*, 1981-82, 154; Mons, 24 febr. 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10.674; Luik, 23 febr. 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10.644; Vred. Willebroek, 25 juni 1976, T.Vred., 1977, 234; Vred. Berchem, 21 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 2905; *R.G.A.R.*, 1982, 10.540; zie ook L. SCHUERMANS, *Inflatie en vergoeding*, *R.G.A.R.*, 1979, 10.090).

428-429 [...]

430 Uit hetgeen voorafgaat moet erkend worden dat de monetaire Wet van 29 april 1935, op een exacte wijze toegepast, slechts een toepassing van het gemeen recht uitmaakt, waar zij de rechter verbiedt de schadeloosstelling op grond van een devaluatie te vermeerderen tot een hoger bedrag dan dit van de stijging der prijzen tengevolge van de devaluatie. Niet de coëfficiënt van de wettelijke devaluatie is determinerend, maar enkel de effectieve stijging der prijzen, of omgekeerd, de werkelijke vermindering van de koopkracht van de frank. Dit werd eertijds reeds duidelijk door PIRET vooropgesteld (R. PIRET, *R.Crit.J.B.*, 1948, 146 e.v.; R. PIRET, *J.T.*, 1949, 491; *vgl.* Brussel, Ver. Kamers, 28 dec. 1949, *J.T.*, 1950, 256; *R.Crit.J.B.*, 1951, 9).

431 [...]

432.1 Wat de onteigeningsvergoeding betreft, werd in de rechtspraak gedurende ettelijke decennia een afwijking vastgesteld, gefundeerd op de bijzondere regeling van de rechtspleging.

Ondanks de wezenlijke identiteit van de principes, die gebaseerd zijn op art. 11 G.W. en art. 1382 B.W., werden de oplossingen en de beginselen uit de begroting tot schadeloosstelling na onrechtmatige daad niet overgenomen.

Inzake onteigening werd meer dan een eeuw aanvaard dat de vergoeding diende begroot te worden naar het tijdstip waarop het vonnis de formaliteiten van de onteigening vervuld verklaarde (zie o.m. Cass., 3 mei 1934, *Pas.*, 1934, I, 263). Wanneer de rechtbank later de vergoeding diende te begroten, kon de koopkracht van de frank inmiddels gewijzigd zijn. Dit gaf aanleiding tot een talrijke reeks geschillen waarover het Hof van Cassatie zich moest uitspreken (zie o.m. Cass., 14 febr. 1929, *Pas.*, 1929, I, 87; Cass., 3 mei 1934, *t.a.p.*).

Sinds 1929 was de rechtspraak van het Hof van Cassatie stevig in die zin gevestigd dat, zolang de munteenheid niet door een wettelijke devaluatie gewijzigd was, het de rechter niet toegelaten was de onteigeningsvergoeding te begroten, met inachtneming van een feitelijke vermindering van de koopkracht van de frank op een hoger bedrag dan haar waarde, ten tijde van de onteigening, in wettelijke franks uitgedrukt.

Integendeel diende de rechter na een wettelijke devaluatie de wettelijke munteenheid aan te wenden volgens de waarde waarop zij ten dage van zijn uitspraak vastgesteld was, zelfs waar de onteigeningsvergoeding, die hij geldelijk diende te waarderen, die was van het onteigende goed vóór de wettelijke devaluatie.

M.a.w., er werd in huidige frank uitgedrukt welke de waarde was, op het ogenblik waarop de schatting in oude frank gedaan werd (Cass., 14 febr. 1929, *Pas.*, 1929, I, 87, met conclusie LECLERCQ; Cass., 3 mei 1934, *Pas.*, 1934, I, 263).

Volgens deze rechtspraak mocht de heraanpassing slechts na een wettelijke devaluatie gedaan worden, en diende zij dan ook te geschieden in de mate waarin de frank wettelijk gedevalueerd was.

De onteigeningsvergoeding kon derhalve op een dubbele wijze onjuist zijn, zodat zij dan ook niet aan het vereiste van art. 11 G.W. kon voldoen. Het werd door procureur-generaal GESCHÉ als een te betreuren onvermijdelijkheid omschreven. Deze afwijking zou haar oorsprong gevonden hebben in de wettelijke regeling van de rechtspleging van de onteigening en haar vergoeding, waardoor fictief een identiteit zou ondersteld zijn tussen het ogenblik van de onteigening en de betaling van haar vergoeding.

De vraag mocht dan ook gesteld worden of de rechter integendeel niet zou moeten rekening houden met de stijging van de onroerende markt tussen het declaratief vonnis en dit waarin de vergoeding begroot wordt (noot onder Cass., 29 juni 1944, *Pas.*, 1944, I, 246).

De gevolgen van deze rechtspraak werden gedeeltelijk teniet gedaan door de monetaire Wet van 29 april 1935, maar uitsluitend ten voordele van de onteigenende besturen.

De wetgever ging, blijkens de memorie van toelichting, uit van de vaststelling dat de wijziging in de goudpariteit van de frank door een wettelijke devaluatie, niet noodzakelijk overeenstemt met de wijzigingen in de economische waarde of koopkracht van de frank.

Daarom werd bepaald dat, bij de begroting van de vergoeding slechts in die mate met de wijzigingen van de goud-inhoud van de frank rekening gehouden wordt, als zij op de dag van de begroting, de werkelijke koopkracht van de frank in de betrokken aangelegenheid beïnvloed hebben.

Hierbij bedoelde de wetgever hoofdzakelijk, maar niet uitsluitend de gerechtelijke begroting van onteigeningsvergoedingen.

Was de Wet van 1935 niet uitgevaardigd, dan hadden, ingevolge het arrest van 1929, al de waardebegrotingen gedaan in vonnissen van onteigening van vóór 30 maart 1935, bij de definitieve begroting van de onteigeningsvergoeding moeten aangepast worden op basis van een verhoging van 38,00 %, zijnde het bedrag der wettelijke devaluatie.

Ingevolge de Wet van 1935 diende de rechter het oorspronkelijke bedrag aan te passen op een merkelijk

lagere basis, nl. in verhouding met de feitelijke vermeerdering van de prijzen in het betrokken gebied.

Het dient echter onderstreept dat, volgens de rechtspraak van 1929 een dergelijke heraanpassing slechts mogelijk was na een wettelijke devaluatie (zie b.v. Cass., 29 juni 1944, *Pas.*, 1944, I, 245, met noot GESCHÉ).

Wanneer zich geen wettelijke devaluatie had voorgedaan, kon de stijging der prijzen der onroerende goederen sedert het declaratieve vonnis, niet in aanmerking genomen worden.

432.2 Deze rechtspraak belette de rechter aldus de onteigeningsvergoeding te begroten op haar juist en volledig bedrag, zoals dit door art. 11 G.W. nochtans voorgeschreven werd (GESCHÉ, noot onder Cass., 29 juni 1944, *Pas.*, 1944, I, 245; R. PIRET, *La ,,réadaptation monetaire'' du 21 sept. 1949 et les conflits de droit privé, J.T.*, 1949, 491; R. PIRET, noot onder Cass., 24 nov. 1949, *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 556 e.v.).

Deze rechtspraak bleek evenwel zeer stevig gevestigd te zijn, zoals o.m. kon blijken nadat in de monetaire maatregelen van 1 mei 1944 een wettelijke devaluatie erkend werd (Cass., 16 febr. 1951, *Pas.*, 1951, I, 394; *R.W.*, 1950-51, 1600); maar zij leidde tot een rechtspraak van rechtbanken en hoven, die niet altijd duidelijk of consequent kon genoemd worden (zie o.m. Brussel, 18 jan. 1949, *J.T.*, 1949, 260 met noot Y. DOUXCHAMPS; zie hierover: R. PIRET, *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 557; en verder: Brussel, 29 maart 1950, *R.W.*, 1949-50, 1454).

Door PIRET werd een wijziging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie in het vooruitzicht gesteld, waardoor het Hof, inzake onteigening, dezelfde regel zou toepassen als die welke gelding had m.b.t. de begroting van de schadeloosstelling na onrechtmatige daad (R. PIRET, *R.Dr.Pén.*, 1949-50, 558).

Het Hof van Cassatie heeft bij arrest van 20 september 1979 de wijziging, voorzien door PIRET, tot een feit gemaakt.

In zijn conclusie, welke dit arrest voorafgaat, wijst procureur-generaal DUMON terecht op het feit dat de billijke vergoeding van art. 11 G.W. betekent dat de vergoeding de mogelijkheid moet bieden de waarde van het onteigende goed te vervangen. Verder wijst hij erop dat er geen enkel motief — wel integendeel — voorhanden is om van het gemeen recht af te wijken, zodat hij dan ook besluit dat: ,,la dépréciation de la monnaie ne découle pas de l'expropriation, mais il doit en être tenu compte pour déterminer le montant de la juste indemnité, qui permettra à l'exproprié au moment où le juge statuera à cet égard, de reconstituer ses avoirs'' (conclusie DUMON bij cass., 20 sept. 1979, *J.T.*, 1980, 116 e.v.).

Het hoogste Hof heeft deze stelling overgenomen, hetgeen een positieve eenvormigheid in de rechtspraak heeft meegebracht (Cass., 20 sept. 1979, *Pas.*, 1980, I, 69; *R.W.*, 1979-80, 1911, met noot SUETENS-BOURGEOIS; *J.T.*, 1980, 116; *R.Crit.J.B.*, 1982, 100 met noot MAUSSION).

433 [...]

434 Bij de begroting van de schadeloosstelling onder de vorm van een rente, rijst de vraag op van een mogelijke aanpassing van het bedrag van de rente aan de toekomstige wijziging van de koopkracht van de frank.

Deze vraag werd besproken bij de studie van de vorm van het herstel, in verband met het inlassen van een wisselende schaal in het vonnis dat tot betalen van een rente veroordeelt (zie boven, nr. 324).

§ 2. Wisselkoers

435 Ook de stijging van de wisselkoers kan een gebeurtenis zijn die bepalend is bij de begroting van de schadeloosstelling.

Zoals reeds opgemerkt werd (zie boven, nr. 325), kan in bepaalde gevallen, nl. waar de schade in het buitenland geleden is, of in het buitenland tot uitgaven aanleiding gaf of zal geven, de best passende vorm van schadeloosstelling verwezenlijkt worden door, nadat de schade in de buitenlandse munt gewaardeerd werd, de aansprakelijke te veroordelen tot een schadeloosstelling begroot op de tegenwaarde in Belgische franken van het bedrag der schade, in buitenlandse munt gewaardeerd (Cass., 17 jan. 1929, *Pas.*, 1929, I, 63).

Deze tegenwaarde moet bepaald worden volgens de koers op de dag van de betaling; alleen zo doende immers, kan de schadeloosstelling volledig beantwoorden aan de waarde van de in buitenlandse munt begrote schade (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Monnaies*, nr. 270 e.v.; DE PAGE, III, derde druk, nr. 459, blz. 457; DABIN, *Chr.*, *R.Crit.J.B.*, 1952, 97, nr. 60; SAVATIER, II, nr. 605, blz. 193; DALCQ, II, nr. 4135; Brussel, 2 april 1927, *Belg.Jud.*, 1927, 331; Luik, 24 jan. 1968, *R.G.A.R.*, 1970, 8513; *anders*, ten onrechte, Luik, 12 juli 1951, *R.G.A.R.*, 1951, 4901, met kritiek FONTEYNE; Luik, 26 jan. 1954, *Bull.Ass.*, 1954, 252, met kritiek M.G.).

Er is hier inderdaad geen enkele reden om de omrekening te doen volgens de koers van het tijdstip van de uitspraak, zoals wel eens gedaan wordt (zie b.v. Luik, 16 jan. 1954, *R.G.A.R.*, 1954, 5353). Inderdaad, de begroting dient in principe naar het tijdstip van de einduitspraak gedaan te worden, omdat dit voor de rechter praktisch het laatste is, zo dicht mogelijk bij de werkelijke betaling van de schadeloosstelling (zie boven, nr. 374). Dit is een aanvullende regel die de toepassing moet verzekeren van de hoofdregel die een volledig passend herstel wil (zie boven, nr. 234 en 404).

Hier echter kan een juistere schadeloosstelling verzekerd worden, door de veroordeling derwijze te formuleren, dat de omrekening in Belgische frank zal geschieden volgens de koers van de dag van de werkelijke betaling.

Vanzelfsprekend blijft de beoordelingsmacht van de feitenrechter beperkt door de wijze waarop de eis ingesteld is.

De eiser kan inderdaad de omrekening doen in zijn dagvaarding (Brussel, 23 dec. 1950, *R.W.*, 1950-51, 890), of in zijn besluiten (DE PAGE, derde druk, III, nr. 459, blz. 457, voetnoot 3), volgens de alsdan geldende koers.

Alleen waar de eis strekt tot veroordeling tot een bedrag uitgedrukt in vreemde munt, of de tegenwaarde daarvan in Belgische frank volgens de koers op de dag der betaling, kan een juist passende schadeloosstelling toegekend worden.

Wanneer de omrekening door de eiser gedaan werd in de dagvaarding, belet zulks niet dat hij, in de loop van het geding het bedrag van zijn eis zou wijzigen, zo dat aan de rechtbank toegelaten wordt de veroordeling in de hierboven uiteengezette zin uit te spreken. Deze verandering in het bedrag van de eis, na wijzigingen in de wisselkoers, is immers geen verboden nieuwe eis (zie boven, nr. 372 e.v.).

§ 3. Rentevoet

436 De normale rentevoet is eveneens vatbaar voor schommelingen in tijden van economisch onevenwicht. Hij verschaft een factor die bij de begroting van de schadeloosstelling dagelijks moet aangewend worden.

Ook met deze wijzigingen zal de rechter gebeurlijk rekening moeten houden.

Dit zal het geval kunnen zijn wanneer hij de vergoedende interesten toekende, waarbij hij in principe de rentevoet moet aanduiden, vermits deze niet wettelijk bepaald is (zie boven, nr. 344).

Dit zal ook het geval zijn bij het bepalen van de rentevoet, wanneer, door de kapitalisatie, de contante waarde van een rente berekend wordt. Hierbij zal echter moeten rekening gehouden worden met mogelijke wijzigingen in de toekomst (*vgl.* H.R., 23 maart 1953, *N.J.*, 1953, nr. 617, met concl. EGGENS).

Met toekomstige wijzigingen in de rentevoet kan op een min of meer nauwkeurige wijze rekening gehouden worden, bij de begroting van de schadeloosstelling voor toekomstige inkomstenschade, ter gelegenheid van de kapitalisatie van de rente.

De rechter kan inderdaad een verschillende rentevoet voor de berekening van de kontante waarde der annuïteiten aanwenden in evenredigheid met de langere duur waarop de toekomstige inkomstenschade zich uitstrekt (zie verder, nr. 922 e.v.).

De vraag naar welk tijdstip de rentevoet dient te worden bepaald, werd in Nederland niet duidelijk beantwoord, zodat uit de rechtspraak geen algemeen principe kan worden afgeleid (BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 328).

Hetzelfde kan worden vastgesteld met betrekking tot muntschommelingen, aangezien deze laatste problematiek slechts bij uitzondering aan het oordeel van de rechter werd onderworpen (BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 58).

HOOFDSTUK VI

WIJZIGINGEN IN DE INTRINSIEKE BESTANDDELEN VAN DE SCHADE

437 In het voorgaande hoofdstuk werden de gevallen besproken waarin de schade in haar intrinsieke bestanddelen ongewijzigd bleef, terwijl er integendeel, slechts verandering was ingetreden in de maatstaven, om haar onveranderde omvang te waarderen.

Thans echter moet onderzocht worden, wanneer en op welke wijze de rechter, bij de begroting van schade en schadeloosstelling naar het tijdstip van zijn einduitspraak, rekening moet houden met latere gebeurtenissen, waardoor de schade zelf in haar omvang gewijzigd is of schijnt gewijzigd te zijn.

In dit verband bestaan twee mogelijkheden: ofwel komt het voor, dat de schade toegenomen is, ofwel schijnt haar omvang verminderd te zijn, of schijnt zij geheel verdwenen.

438 De principes kunnen zonder grote moeilijkheid bepaald worden, het komt er alleen op aan deze principes juist toe te passen.

Zoals boven uiteengezet werd (boven, nr. 391), moet de rechter, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die in dit opzicht juist bleek, maar niets nieuws bijbracht (zie boven, nr. 381 e.v.), alle latere gebeurtenissen waardoor de omvang van de schade vermeerderde of verminderde, in aanmerking nemen, indien het oorzakelijk verband tussen deze wijziging en de omvang van de schade enerzijds, en de onrechtmatige daad anderzijds, vaststaat.

Het oorzakelijk verband is steeds vereist wanneer het over vermeerdering van schade gaat. Daarentegen is het een probleem of dit verband ook vereist is, waar het vaststaat dat de schade verminderd is.

De twee mogelijkheden worden na elkaar besproken.

AFDELING I

VERMEERDERING VAN DE OMVANG DER SCHADE — NIEUWE SCHADEPOSTEN

§ 1. Het principe

439 Aangezien de aansprakelijke slechts instaat voor de door hem veroorzaakte schade, kan hij niet gehouden zijn tot schadeloosstelling voor nieuwe schadeposten

noch voor vermeerdering van de omvang der schade, indien deze wijzigingen in de vermogenstoestand van de benadeelde niet veroorzaakt zijn door de onrechtmatige daad.

Maar aan de andere kant blijft de aansprakelijke instaan voor elke vermeerdering van de omvang der schade, in zover zij door zijn onrechtmatige daad veroorzaakt is (zie boven, nr. 391).

Herhaaldelijk werd opgemerkt dat de schade op een later ogenblik kan ontstaan dan datgene waarop de onrechtmatige daad verricht werd, en dat dit kortere of langere tijdsverloop geen belang heeft ten aanzien van het vereiste van oorzakelijk verband (zie boven, nr. 3 en 144).

440 Er is helemaal geen betwisting betreffende een grote reeks gevallen. Aldus b.v. zullen de kosten van de verzorging van het gekwetste slachtoffer, naarmate van hun uitgave, schadeposten uitmaken, die door de aansprakelijke moeten vergoed worden. De vergoeding daarvan zal eventueel kunnen gevorderd worden na beroep (art. 807 en 1042 Ger.W.; zie boven, nr. 373).

Betwisting kan echter in dit verband ontstaan betreffende de omvang van zekere uitgaven, nl. in hoever zij als redelijk te beschouwen zijn, en zodoende volledig op de aansprakelijke mogen verhaald worden (zie verder, nr. 442 e.v.).

441 Zoals reeds aangestipt werd, zullen de moeilijkheden, waar zij oprijzen in de praktijk, meestal beperkt zijn tot de vraag of ten aanzien van de feiten, *in concreto,* de latere gebeurtenis, die als nieuwe of grotere schade aangevoerd wordt, al dan niet door de onrechtmatige daad van de aangesprokene veroorzaakt werd.

Als typische voorbeelden gelden, de besmetting van de gekwetste tijdens zijn opneming in een kliniek na het ongeval waardoor hij gekwetst werd; het overlijden van het gekwetste slachtoffer ten gevolge van de narcose gedurende de heelkundige zorgen (zie verder, nr. 482).

Een zeer belangrijke reeks betwistingen, ten aanzien van het hier besproken principe, dient afzonderlijk bestudeerd te worden in de hiernavolgende paragrafen.

§ 2. Bijzonder toepassingsgeval: redelijke kosten tot vrijwaring van de belangen van de benadeelde

A. HET VRAAGSTUK

442 Tenzij bijzondere wetten anders bepalen, zal ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijzen, onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt (art. 1017, 1° lid Ger.W.).

Waar de aansprakelijkheid van de verweerder vaststaat, zal het vonnis aldus, naast de veroordeling tot schadeloosstelling, ook die tot de kosten omvatten. Andersom wordt de afgewezen aanspraakmakende persoon tot de kosten veroordeeld.

Hetzelfde standpunt vinden we in Frankrijk terug (MAZEAUD, III, 1978, nr. 2430, 830).

Terloops kan nog vermeld worden dat de Franse wetgever voor de zgn. „small-claims" een vrijstelling van gerechtskosten heeft ingevoerd vanaf 1 januari 1978 (M. STORME, *De kruimelrechter*, in *Procesrecht vandaag*, 1980, nr. 26, blz. 360; zie MAZEAUD, III, 1978, nr. 2434, noot 1, blz. 834).

Het algemeen principe, nl. het verwijzen in de kosten van de in het ongelijk gestelde partij, kan terzijde geschoven worden indien een bijzondere wettelijke bepaling zulks toelaat.

Art. 1382 B.W. dient als een dergelijke bijzondere bepaling beschouwd te worden. De kosten kunnen derhalve ten laste gelegd worden van de partij door wier schuld zij veroorzaakt werden, zelfs indien de andere partij in het ongelijk was gesteld (Cass., 24 april 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 965; *Pas.*, 1978, I, 955; *R.W.*, 1978-79, 2669; Luik, 28 mei 1982, *J.Liège*, 1983, 9 met noot G. DE LEVAL; Vred. Aubel, 22 sept. 1982, *J.Liège*, 1983, 21 met noot G. DE LEVAL; J. LAENENS, noot onder Antwerpen, 2de K., 6 okt. 1981, *R.W.*, 1981-82, 2561; A. CLOQUET, *A.P.R.*, Tw. *Deskundigenonderzoek*, nr. 581, blz. 198).

In verband met de burgerlijke vordering, die, luidens de artikelen 3 en 4 Sv., samen met de publieke vordering voor de strafrechter aanhangig gemaakt wordt, is de regel dezelfde wat de veroordeling van de verantwoordelijke betreft (art. 162, eerste lid, en 194 Sv.; art. 33 Mil.Sv.).

Wat de burgerlijke partij betreft, moet sedert de Wet van 25 oktober 1950, waardoor de aangehaalde bepalingen gewijzigd werden, een onderscheid gemaakt worden.

Wanneer het onderzoek door de burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter geopend werd, of, wanneer de zaak door rechtstreekse dagvaarding van de benadeelde voor de rechtbank aanhangig gemaakt werd, zal de afgewezen burgerlijke partij tot de kosten veroordeeld worden. In de andere gevallen kan de burgerlijke partij tot de kosten of tot een gedeelte daarvan veroordeeld worden (art. 162, tweede lid Sv.).

De veroordeling tot de kosten omvat derhalve de zegel-, griffie- en registratierechten, de prijs, emolumenten en lonen van de gerechtelijke akten, de prijs en uitgifte van het vonnis, de uitgaven betreffende alle onderzoeksmaatregelen, de reis- en verblijfkosten van de magistraten, griffiers en partijen bij een door de rechter bevolen reis, de kosten der akten opgemaakt met het oog op het geding, en tenslotte de sommen bepaald in art. 1022 Ger.W. (art. 1018 Ger.W.).

In navolging van art. 1017 Ger.W. dient elk eindvonnis een verwijzing in de kosten te bevatten. Dit betekent echter niet dat de rechter verplicht is deze kosten te begroten. Slechts wanneer dit uitdrukkelijk gevraagd wordt en een omstandige opgave van de kosten wordt ingediend, dient de rechter deze te begroten (zie art. 1021 Ger.W.; Vred. Gent, 5de K., 8 okt. 1981, inzake M. en V. t/ D.W. en V., *onuitg.*).

443 Er bestaat geen betwisting betreffende de veroordeling tot de gerechtskosten, gedaan vóór of samen met het instellen van de eis, tot bewaring van de rechten van de aanspraak makende persoon.

Deze maatregelen betreffen de solvabiliteit van de aansprakelijke; zij strekken tot het behoud van zijn vermogen, dat het pand is van zijn schuldeisers (art. 7 en 8 Hyp.W.).

Er werd reeds vastgesteld dat de benadeelde vanaf het ontstaan van de aanspraak over het vermogen beschikt om alle nuttige maatregelen te treffen tot bewaren van zijn rechten, zoals, het bewarend beslag, de zijdelingse rechtsvordering, de pauliaanse rechtsvordering en het beslag onder derden (zie boven, nr. 151 e.v.).

De kosten van dergelijke maatregelen kunnen tegen de aansprakelijke verhaald worden, terzelfder tijd als de schadeloosstelling tot wier zekerheid zij genomen werden (*vgl. Rép.P.Dr.B., Saisie-Arrêt,* nr. 861 e.v.); onder voorbehoud, weliswaar, wanneer tot deze bewarende maatregelen op onredelijke of tergende wijze overgegaan was.

In dit verband kan terloops vermeld worden dat de beslagrechter de beslaglegger tot schadevergoeding zou kunnen veroordelen wegens tergend en roekeloos beslag. Doch andersom zou hij de beslagene, die om de opheffing verzocht, wegens tergend en roekeloos geding kunnen veroordelen (K. BAERT, *Algemene beginselen van bewarend beslag,* in *Procesrecht vandaag,* 1980, nr. 52, blz. 302; *vgl.* in Nederland: P.A. STEIN, *De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad,* in *Schade lijden en schade dragen,* 1980, blz. 123 e.v.).

Door het feit dat de beslaglegger voor het beslag verantwoordelijk is, zou hij aldus voor deze verantwoordelijkheid, welke van quasi-delictuele aard is, tot schadeloosstelling kunnen veroordeeld worden. Een lichte fout van de beslaglegger volstaat hiervoor (K. BAERT, *a.w.,* nr. 7, blz. 282).

De kosten voor deze bewarende maatregelen (beslag) zullen eventueel zelfs bevoorrecht zijn luidens art. 19, 1° Hypotheekwet.

444 Thans moet onderzocht worden of, en in welke mate, de aansprakelijke, op grond van art. 1382 B.W., mag veroordeeld worden tot betaling van kosten, door de aanspraakmakende persoon gedaan, tot het vrijwaren en tot de gerechtelijke erkenning van zijn rechten.

De voornaamste kosten, waarvan de verhaalbaarheid tegen de aansprakelijke hier moet besproken worden, zijn diegene die verband houden met de vaststelling en begroting van de schade, met de verdediging en de vertegenwoordiging van de benadeelde voor de rechtbanken.

445 Er bestaat algehele overeenstemming over de mogelijkheid om schadeloosstelling toe te kennen, op grond van artikel 1382 B.W., met inbegrip van de buitengerechtelijke kosten, als een bijzondere schadeloosstelling wegens het onrechtmatig verweer tegen de ingestelde eis.

446 Volgens een gedeelte van de rechtspraak en de rechtsleer kan slechts in geval van onrechtmatig verweer, het bedrag van de buitengerechtelijke kosten — door de benadeelde persoon gedaan tot het vrijwaren en tot de gerechtelijke erkenning van zijn aanspraak op schadeloosstelling — als schade erkend en vergoed worden. Vermits de enige grondslag voor dergelijke veroordeling door artikel 1382 B.W. geboden is, zou deze schadepost slechts ten laste van de aangesprokene mogen gelegd worden, indien, in hoofde van deze laatste, een onrechtmatige daad vast-

gesteld kan worden, nl. zijn schuldig verweer tegen de eis van de benadeelde persoon.

De onrechtmatige daad zelf, die tot de oorspronkelijke aanspraak op schadeloosstelling aanleiding gaf, zou daartoe niet voldoende zijn (MAZEAUD, III, 1978, nr. 2434, blz. 834).

447 Deze zienswijze lijkt zeer absoluut.

Voorzeker mag de benadeelde geen kosten maken om open deuren in te stampen. Maar zodra het geschil ontstaan is, of redelijk moet verwacht worden, of, waar elk verder uitstel de juiste vaststelling van de schade zou onmogelijk maken, mag de benadeelde alle redelijke maatregelen daartoe treffen (zie boven, nr. 121 en 153).

Denk slechts aan de geneeskundige vaststelling na een ongeval, of op het ogenblik van de consolidatie.

Alleen daar mogen geen kosten gemaakt worden waar geen betwisting is, of waar de belangen van de twee partijen normaal op een andere en minder kostelijke wijze, zouden kunnen gevrijwaard worden.

Dit zou b.v. het geval zijn, waar de aangesprokene zich bereid verklaart om over te gaan tot een tegensprekelijke vaststelling van de schade aan een auto veroorzaakt; in dat geval zou een kort geding klaarblijkelijk een nutteloze maatregel zijn, en zouden de kosten daarvan ten laste van de benadeelde moeten blijven (zie verder, nr. 451).

448 Als principe mag vooropgesteld worden dat alle kosten in verband met de vaststelling van het bestaan van de schade en van de begroting van haar omvang, of tot vrijwaring van zijn aanspraak, als schadepost, op grond van artikel 1382 B.W. tegen de aansprakelijke mogen verhaald worden, in die mate dat zij voor de rechtbank redelijk gebleven zijn.

Dit zal het geval zijn waar het aldus verworven bewijsmateriaal als onmisbaar of minstens als nuttig voorkomt tijdens de behandeling van het geschil.

Indien mag aangenomen worden dat de benadeelde onrechtmatig kan handelen door de schade niet te beperken waar dit redelijk van hem kon verwacht worden, en indien hij de tot beperking der schade gedane kosten, als schadepost tegen de aansprakelijke kan verhalen (zie verder, nr. 474 e.v.), dan geldt dit principe evenzeer, zoniet meer, voor de hier besproken kosten. Ook hierin mag hij redelijk handelen, ditmaal tot vrijwaring van zijn eigen belangen.

Er werd in dit verband opgemerkt:

,,Uitgaande van de verplichting tot redelijk handelen zal het niet moeilijk zijn een oplossing te vinden voor de vraag of schadevaststellingskosten vergoed behoren te worden. Men zal m.i. van het principe uit moeten gaan dat deze vergoed behoren te worden, omdat het in het algemeen redelijk is een expertise te doen houden. Een expertise beperkt immers in het algemeen de kosten van reparatie en zal bovendien dikwijls een proces kunnen voorkomen of een gevoerde procedure minder kostbaar maken.

Redelijk gemaakte kosten komen voor vergoeding in aanmerking. Het valt niet in te zien waarom expertisekosten niet hieronder zouden vallen. Dit zal slechts anders zijn, indien de vergoedingsplichtige

kan aantonen, dat de kosten te hoog zijn ofwel dat expertise overbodig was of dat de expertise partijdig was, enz." (A.R. BLOEMBERGEN, *Omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad*, blz. 47).

Het oorzakelijk verband, waarvan het bestaan hierbij wel eens ten onrechte betwist werd (zie b.v. Brussel, 19 maart 1925, *Pand.Pér.*, 1926, nr. 75, blz. 84), komt hier evenmin ter sprake, als bij de andere uitgaven waarmede de onrechtmatige veroorzaking van schade noodzakelijk gepaard gaat, zoals, geneeskundige zorgen, verplegingskosten, vervoerkosten, e.d.m.

Uit de hierna aangehaalde rechtspraak, in verband met de kosten voor bewijsvoering zal blijken dat in de overheersende rechtspraak, terecht, het bestaan van het oorzakelijk verband niet ter sprake gebracht wordt.

B. OPLOSSING

1. Kosten in verband met de bewijsvoering van de aanspraakgerechtigde

449 De benadeelde had kosten gemaakt tot vaststelling van de onrechtmatige daad of van de schade.
Hieronder kunnen vooreerst de processen verbaal tot vaststelling van feiten, opgemaakt door een gerechtsdeurwaarder, vermeld worden.

Het wordt niet betwist dat er geen bindende bewijskracht, als authentieke akte, kan gehecht worden aan een procesverbaal, door gerechtsdeurwaarder opgesteld ten verzoeke van een benadeelde persoon (*Rép.P.Dr.B., Exploit*, nr. 23; *Rép.P.Dr.B., Huissier*, nr. 130).

Maar aan de andere kant kan aan het proces-verbaal van vaststelling wel het vertrouwen gehecht worden van een gewoon bewijsmiddel, wanneer de gerechtsdeurwaarder louter materiële feiten vaststelt, die de normale waarneming van een niet bijzonder deskundig persoon niet te buiten gaan (Brussel, 19 maart 1967, *J.T.*, 1967, 368; Brussel, 16 juli 1968, *Pas.*, 1968, II, 284; Brussel, 13 maart 1978, *J.T.*, 1978, 560; Kh. Oostende, 22 okt. 1959, *R.W.*, 1962-63, 1493; zie over de bewijskracht van akten: F. DUMON, *De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten, R.W.*, 1978-79, 257-326).

Het behoort niet tot zijn taak getuigen te onderhoren, noch als deskundige de schade vast te stellen en te begroten. Alleen feitelijke waarnemingen kunnen in zijn exploot beschreven worden (Kh. Antwerpen, 9 nov. 1954 en Brussel, 25 mei 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5671).

Het opstellen van een proces-verbaal van vaststelling behoort niet tot de wettelijke bevoegdheid van de gerechtsdeurwaarder, zodat hij in zulke gevallen enkel als gewone getuige kan handelen (Brussel, 11 maart 1964, *Pas.*, 1965, II, 113).

Er wordt voorgehouden dat de kosten van het proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder opgesteld nooit ten laste kunnen gelegd worden van de verliezende partij (*Rép.P.Dr.B., Tarif civil*, nr. 18). Deze stelling is te absoluut. Integendeel zullen de kosten van het exploot als schadepost tegen de aansprakelijke

verhaalbaar zijn, indien de vaststelling door gerechtsdeurwaarder, redelijk gebleken is, ten aanzien van de bijzondere bestanddelen van het geschil, en indien de vaststelling, in feite, nuttig is gebleken voor zijn oplossing (zie boven, nr. 448).

450 Vervolgens komen in aanmerking — en wel in de dagelijkse praktijk — de geneeskundige getuigschriften.

Het is duidelijk dat de beschrijving van de opgelopen letsels slechts op oppervlakkige en niet deskundige wijze kan verschaft worden in de processen-verbaal van rijkswacht en politie. Daarom moet aangenomen worden dat het beroep op een geneesheer onmiddellijk na de verwonding niet alleen redelijk, maar onontbeerlijk is.

Zodra de verwonding vaststaat, zullen de kosten van het geneeskundig getuigschrift waarin haar aard en belang beschreven wordt, door de aansprakelijke moeten vergoed worden (MORANGE, *La réparation des accidents de personnes imputables à l'administration, Rec.Dall.*, 1953, *Chr.*, 92). Hierover bestaat overigens nagenoeg geen betwisting.

451 Deskundigen kunnen door de aanspraakmakende persoon geraadpleegd zijn, vóór of na het instellen van zijn eis.

De kosten van dergelijk onderzoek zullen ten laste zijn van de aansprakelijke, wanneer gebleken is dat het redelijk was tot een deskundig onderzoek of beschrijving van de schade over te gaan en de tussenkomst van de deskundige nodig of nuttig gebleken is (Brussel, 11 maart 1950, *Bull.Ass.*, 1950, 654 met noot S.; Gent, 3 febr. 1949, *R.W.*, 1948-49, 1102; Brussel, 16 nov. 1953, *R.G.A.R.*, 1955, 5506; Gent, 20 april 1953, *Bull.Ass.*, 1954, 126; Brussel, 23 dec. 1959, *Bull.Ass.*, 1962, 324 met noot M.G.; Rb. Luik, 20 mei 1957, *R.G.A.R.*, 1957, 6003 met noot J.F.; Rb. Brussel, 19 sept. 1957, *J.T.*, 1958, 113 met noot VANWELKENHUYZEN; *vgl.* Arrond. Amsterdam, 7 febr. 1951, *N.J.*, 1952, nr. 124, slot).

Aldus b.v. werd beslist dat een boekhoudkundig onderzoek om het juiste inkomen van het slachtoffer te bepalen noodzakelijk kan zijn, waar aan de weduwe niet kon verweten worden dat zij het juiste bedrag daarvan niet kon vaststellen, zodat de kosten van dit onderzoek ten laste zijn van de aansprakelijke (Luik, 12 juli 1951, *R.G.A.R.*, 1951, 4901).

In overeenstemming met het gestelde principe zal het slachtoffer recht hebben op een gehele of gedeeltelijke terugbetaling van de kosten, verschuldigd voor het laten opmaken van een schadebestek, wanneer blijkt dat de naderhand uitgevoerde expertise op de bevindingen van dit bestek is gebaseerd (Corr. Dinant, 18 dec. 1967, *R.G.A.R.*, 1968, 8004).

Wat de onteigening voor openbaar nut betreft, besliste het Hof van Cassatie op 7 juni 1956 dat tussen de onteigening en de kosten voor bijstand van een technisch raadgever, geen noodzakelijk oorzakelijk verband mag aanvaard worden, daar de bepalingen van de Onteigeningswet, betreffende het verplicht deskundig onderzoek, voldoende vrijwaring verschaffen voor de rechten van de onteigende (Cass., 7 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1073; *J.T.*, 1956, 697; *R.G.A.R.*, 1957, 5898; *R.W.*, 1956-57, 1883).

In een later arrest van het Hof werd dit standpunt nogmaals bevestigd (Cass., 30 april 1959, *Pas.*, 1959, I, 885).

Er zijn echter vele gevallen waar de tussenkomst van deskundigen overbodig is wegens de aard van de schade zelf.

Dit is nl. het geval waar de schade, waarvan het bestaan vaststaat, al te gering is in verhouding tot de kosten van een deskundig onderzoek (zie boven, nr. 364-2) of, waarvan het bedrag nauwkeurig door de facturen of kwijtschriften voor herstellingswerken kan bewezen worden (*vgl.* de noot S. onder Brussel, 11 maart 1950, *Bull.Ass.*, 1950, 654).

Dit zal na vele verkeersongevallen kunnen aanvaard worden zelfs wanneer de schade belangrijker zou zijn, nl. wanneer de verbaliserende politieambtenaar een zeer nauwkeurige beschrijving der schade heeft gegeven, en de garagefactuur duidelijk deze beschrijving laat volgen.

In de gevallen waar een deskundig verslag overbodig zou zijn, kan ook de rechtspleging in kort geding strekkend tot de benoeming van een deskundige, niet als een redelijke maatregel beschouwd worden; de kosten daarvan blijven dan ten laste van de eiser (Luik, 2 dec. 1949, *Bull.Ass.*, 1951, 556).

De kosten, voortvloeiend uit een deskundig onderzoek dat lichtzinnig of nodeloos werd gevraagd of uitgevoerd, dienen ten laste te blijven van de partij die de nutteloze kosten heeft veroorzaakt (Corr. Mons, 14 jan. 1960, *Bull.Ass.*, 1962 met noot M.G.; Corr. Tongeren, 2 juni 1965, *R.W.*, 1965-66, 1409; A. CLOQUET, *A.P.R.*, Tw. *Deskundigenonderzoek*, nr. 581; *vgl.* Arbh. Luik, 16 juni 1981, *Inf. blad R.I.Z.I.V.*, 1981, 360; Bergen, 18 okt. 1979, *R.G.A.R.*, 1980, 10.257).

Als uit een expertise, aangevraagd door de benadeelde zelf, blijkt dat deze niet arbeidsongeschikt is en hij dit vooraf wist of kon weten, zal de benadeelde de kosten van dit deskundig onderzoek dienen te dragen (Corr. Mons, 23 okt. 1967, *Bull.Ass.*, 1968, 573 met noot R.B.).

In verband met de bovenstaande beginselen zijn nog enkele interessante toepassingen te vermelden.

Wanneer de benadeelde zelf weigerde in te gaan op het voorstel van de aangesprokene om de schade tegensprekelijk vast te stellen, en de toegang tot het beschadigde voorwerp weigerde aan de technische raadgever van de aangesprokene, zal een deskundig onderzoek, waartoe de benadeelde zelf zou laten overgaan zeker nutteloos zijn (Rb. Brussel, 10 maart 1938, *R.G.A.R.*, 1939, 3036; *vgl.* Kh. Verviers, 31 okt. 1959, *Bull.Ass.*, 1961, 59).

In analoge zin kan de rechter een partij, die weigert de noodzakelijke documenten te verschaffen, zodat de deskundige zijn zending niet naar behoren kan uitvoeren, tot een deel van de kosten veroordelen (Kh. Luik, 3 febr. 1978, *R.Crit.J.B.*, 1979, 451 met noot E. CEREXHE).

In de noot bij dit vonnis wordt de houding van de rechtbank goedgekeurd, met de bedenking echter dat de verdeling van de kosten te betreuren is, wegens het geringe impact van deze sanctie.

Tenslotte verdient volgend vonnis nog aandacht, waar de rechter stelt dat een schadelijder het recht heeft om, op kosten van de schadeverwekker, het satisfactoir karakter van een regelingsvoorstel te verifiëren. De rechter oordeelt verder dat een expertise daartoe het geëigende middel kan zijn, zodat de schadelijder niet *ipso facto* tot de kosten van deze expertise mag veroordeeld worden, indien uit het deskundig verslag blijkt dat het regelingsaanbod inderdaad satisfactoir was (Pol. Hasselt, 16 jan. 1978, *R.G.A.R.*, 1978, 9942).

Bij de bijzondere behandeling van de schadeloosstelling voor zakenschade, zal de praktijk van de tegensprekelijke vaststelling der schade besproken worden (zie verder, nr. 1240 e.v.).

452 Maar ook dan, wanneer een deskundig onderzoek in principe als redelijk kan beschouwd worden, zullen daarom niet altijd de volledige kosten daarvan tegen de

aansprakelijke kunnen verhaald worden; de overdreven kosten moeten geweerd worden.

Aldus zullen alle kosten, waartoe de benadeelde persoon ter vrijwaring van zijn rechten gedwongen wordt, in de schadeloosstelling moeten begrepen zijn; tot deze kosten kunnen de honoraria van de door hem gekozen deskundige behoren; tenzij deze overdreven zijn, zullen de honoraria op de aansprakelijke kunnen verhaald worden.

Men zal echter zeer voorzichtig moeten zijn en niet al te ver gaan op deze weg. Alleen daar waar de benadeelde, uit nalatigheid of lichtzinnigheid, een klaarblijkelijk overdreven ereloon betaalde, zal het bedrag daarvan door de rechtbanken kunnen verminderd worden bij de begroting van deze schadepost, ten laste van de aangesprokene. Daartoe moet echter, hoe dan ook, schuld in hoofde van de benadeelde vaststaan, die tot gevolg had dat de schade nodeloos vergroot werd.

In de meeste gevallen zal de benadeelde zeer moeilijk een staat van ereloon kunnen betwisten en zal hem geen enkele schuld in de betaling daarvan zonder betwisting, kunnen verweten worden.

Een betwisting door de aangesprokene van het bedrag van het ereloon, zal dus maar aanvaard worden in geval van klaarblijkelijke en belangrijke overdrijving, die de benadeelde redelijkerwijze tot betwisting had moeten aanzetten.

453 In dit verband kan nog een verschil onderstreept worden tussen de eigenlijke gerechtskosten van een door de rechtbank bevolen deskundig onderzoek, en de buitengerechtelijke kosten van een verslag, opgesteld door een deskundige, daartoe door de benadeelde persoon verzocht.

De sommen voorgeschoten aan de deskundigen, door de rechtbank aangesteld, maken deel uit van de gerechtskosten. De rechtbank kan dan ook niet veroordelen tot de interesten op deze voorschotten vanaf hun uitgave (Cass., 24 sept. 1953, *Pas.*, 1954, I, 36; zie boven, nr. 349; *anders:* A. CLOQUET, *A.P.R.*, Tw. *Deskundigenonderzoek,* nr. 583).

Integendeel maakt de veroordeling tot de kosten van het verslag van de deskundige door de benadeelde aangesteld, deel uit van de schadeloosstelling, en mogen de vergoedende interesten daarop toegewezen worden.

Hierbij kan tenslotte nog vermeld worden dat de partij, die de expertisekosten heeft voorgeschoten, de terugbetaling ervan kan vorderen tegen de uiteindelijke schuldenaar, door een afzonderlijke vordering (Cass., 30 april 1971, *Pas.*, I, 1971, 779; R.H. Antw., 1971, 403).

454 Naast de expertisekosten en geneeskundige getuigschriften kunnen allerlei andere kosten gemaakt worden in verband met de bewijslevering, waarvan de last geheel of ten dele op de eiser rust.

Hieronder kunnen vermeld worden de griffierechten voor afschriften van vonnissen en strafbundels die tot staving van een eis werden voorgebracht.

De principes zijn hier de zelfde: alle redelijke kosten, en die alleen, dienen vergoed te worden.

Aldus moeten uitgesloten worden, de kosten van afschriften van stukken of akten, waarvan de inhoud klaarblijkelijk nooit tot betwisting moest aanleiding geven.

In Nederland wordt algemeen aanvaard dat de expertisekosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Dit principe wordt echter in die zin beperkt dat de expertise verantwoord of wenselijk moet zijn geweest (Arrond. Rotterdam, 9 juni 1967, *N.J.*, 1968, nr. 213; Arrond. Maastricht, 15 juni 1967, *N.J.*, 1969, nr. 74; ASSER-RUTTEN, III, *De verbintenis uit de wet*, 1979, 88; BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 146).

Bij arrest van 19 dec. 1975 oordeelde de Hoge Raad zelfs dat, eenmaal aangenomen dat de kosten van de maatregelen op de schuldige van het ongeval kunnen verhaald worden, ook de rechtstreeks met die maatregelen samenhangende administratiekosten mogen medeberekend worden, b.v. de kosten m.b.t. een verkeersomleiding (H.R., 19 dec. 1975, *N.J.*, 1976, 280).

Het aldus in Nederland aanvaarde beginsel vindt uitdrukking in het nieuw B.W. Art. 6.1.9.2, lid 2 voorziet immers dat de redelijke kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking komen.

2. *Kosten in verband met de verdediging van de belangen van de aanspraakgerechtigde*

455 Zoals reeds opgemerkt werd (boven, nr. 445), bestaat er niet de minste twijfel nopens het punt of de buitengerechtelijke kosten van verdediging in aanmerking mogen genomen worden bij het begroten van de schadeloosstelling wegens onrechtmatig verweer, b.v. waar het verweer klaarblijkelijk lichtzinnig, tergend of roekeloos gebleken is (G. VAN DIEVOET, *Het professioneel recht van de advokaat*, *T.P.R.*, 1968, nr. 10, blz. 263; MAHIEU/BAUDREZ, *De Belgische advokatuur*, 1980, blz. 518 e.v.).

Is het echter nodig dat het verweer op zichzelf een onrechtmatige daad zou uitmaken opdat deze kosten volledig zouden vergoed worden? Zijn dit geen kosten die een schade uitmaken, veroorzaakt door de onrechtmatige daad, terwijl de eis, bij onderstelling gesteund is op artikel 1382 B.W.?

In de praktijk van de schadeloosstelling na onrechtmatige daad was dit vraagstuk tot voor korte tijd niet zeer dikwijls opgerezen.

Een oude beslissing kan vermeld worden in dewelke de eis gesteund was op artikel 1382 B.W., en geoordeeld werd dat in principe aan de eiser schadeloosstelling moet toegewezen worden voor de uitgaven die hij heeft moeten doen om zijn schade gerechtelijk te doen herstellen; zonder de vergoeding dezer kosten zou, aldus de rechtbank, de schadeloosstelling onvolledig zijn (Rb. Brussel, 12 mei 1893, *Pand.Pér.*, 1893, 1044; zie ook de rechtspraak aangehaald in de noot M.R.W. onder Brussel, 11 maart 1950, *J.T.*, 1950, 526; dit laatste arrest verwerpt deze schadepost).

De eis is immers bij onderstelling gesteund op artikel 1382 B.W., luidens hetwelk de schade volledig moet vergoed worden.

456 De laatste jaren is het stil rond de vraag of het ereloon van de advocaat van de benadeelde als schadepost in aanmerking mag komen. De vroegere controverse is inderdaad sinds geruime tijd uit de actualiteit verdwenen. Nochtans, het vraagstuk blijft bestaan.

In Nederland wordt algemeen aangenomen dat de kosten voor rechtskundige bijstand, mits zij het gevolg zijn van de onrechtmatige daad, voor vergoeding in aanmerking komen (BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 149).

De toestand in Frankrijk is enigszins genuanceerder. Art. 695 van het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals gewijzigd bij Decreet nr. 62 van 20 januari 1978, bepaalt dat de honoraria van advocaten tot de gerechtskosten gerekend worden voor zover deze honoraria wettelijk getarifieerd zijn.

De niet-getarifieerde erelonen, zoals trouwens andere buitengerechtelijke kosten, maken geen deel uit van de gerechtskosten. De rechter kan deze, op grond van billijkheidsoverwegingen, ten laste leggen van de partij die ze veroorzaakte (art. 700 Burgerlijke Rechtsvordering, zoals gewijzigd bij hogervermeld decreet nr. 62; zie verder, MAZEAUD, III, 1978, nr. 2434 e.v., blz. 834 e.v.

In België werd de vraag vooral besproken naar aanleiding van de begroting van de onteigeningsvergoeding.

E. PICARD heeft op vinnige wijze de stelling verdedigd volgens dewelke het ereloon van de advocaat, wiens tussenkomst in dergelijke zaken werkelijk als onmisbaar voorkomt, mede moet vergoed worden ten einde aan het vereiste van artikel 11 G.W. te voldoen (PICARD, *Traité général de l'expropriation*, II (1873), blz. 203 e.v.).

Een tijd lang scheen deze schadepost algemeen verworpen te worden, zonder andere motivering dan, dat de raadpleging van een advocaat slechts strekt tot het bekomen van een zo groot mogelijke vergoeding, en aldus geen onmisbare uitgave betekent, in tegenstelling met de kosten van onderzoeksmaatregelen door de rechtbanken bevolen (Luik, 16 jan. 1911, *Pas.*, 1911, II, 178; in dezelfde zin nog: Rb. Brussel, 14 april 1953, *J.T.*, 1954, 228).

De auteurs beperken zich er veelal toe deze schadepost uit te sluiten zonder nadere motivering met verwijzing naar oudere rechtspraak (zie o.m. *Rép.P.Dr.B.*, *Expropriation pour cause d'utilité publique*, nr. 368; *vgl.* VAN ROYE, *Manuel de la partie civile*, nr. 347, blz. 307).

In de latere rechtsleer en rechtspraak kon echter een strekking waargenomen worden om de kosten van verdediging mede te vergoeden (Vred. Brussel, 16 dec. 1952, *J.T.*, 1953, 587; Rb. Gent, 2 mei 1951, *R.W.*, 1953-54, 377; Rb. Charleroi, 19 febr. 1956, *J.T.*, 1956, 328; HILBERT, *Traité juridique et pratique de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, nr. 550, blz. 308 e.v.; L. BELVA, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, nr. 705, uit: *Nov.*, *Lois politiques et administratives*, IV, blz. 558; *anders*: Gent, 26 april 1956, *R.W.*, 1956-57, 1221; *R.G.A.R.*, 1956, 5789; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, 1981, noot 16 onder nr. 194, blz. 205).

In hetzelfde verband verwierp het Hof van Cassatie echter de kosten voor bijstand van een technische raadgever, en werd het arrest van het Hof te Brussel verbroken, waarin deze schadepost in de onteigeningsvergoeding medeberekend was; tussen deze uitgave en de onteigening zou geen noodzakelijk oorzakelijk verband mogen erkend worden (Cass., 7 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1073; *J.T.*, 1956, 697).

457 Nopens de vraag of het ereloon van de advocaat als schadepost deel uitmaakt van de vordering tot schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, bestond *betwisting* in de rechtspraak. Maar de bezwaren die hiertegen ingebracht worden lijken niet overtuigend.

Er wordt vooreerst aangevoerd dat de betaling van dit ereloon geschiedt in uitvoering van een persoonlijke schuld van de aanspraakmakende persoon (Corr. Namen, 23 jan. 1953, *R.G.A.R.*, 1953, 5133; *J.T.*, 1953, 501; Brussel, 4 juli 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5658, met noot FONTEYNE; *J.T.*, 1956, 57 met noot A. JANSSENS-BRIGODE en R.O. DALCQ; *Pas.*, 1956, I, 75; Brussel, 18 nov. 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5659; DALCQ, II, nr. 2497 e.v.).

Dit argument is waardeloos; de betaling van het ereloon van de geneesheer, waarvan de verhaalbaarheid niet betwist wordt, is helemaal van dezelfde aard, evenzeer als de betaling van de garagist die de verongelukte wagen herstelt.

De vraag is alleen of deze uitgave als redelijk te beschouwen is, en aldus een uitgave is waartoe de benadeelde genoopt is tengevolge van de onrechtmatige daad; derhalve kan het oorzakelijk verband niet betwist worden. Immers, waar het redelijk is dat een advocaat geraadpleegd wordt bij het verhalen van de veroorzaakte schade, is de betaling van zijn ereloon een noodzakelijk gevolg van de onrechtmatige daad (Corr. Charleroi, 1 april 1955, *J.T.*, 1955, 364; *R.G.A.R.*, 1955, 5609, met noot FONTEYNE; J. FONTEYNE, noot onder Cass., 18 juni 1964, *R.G.A.R.*, 1965, 7418; J. SCORIELS, *Frais de défense en justice*, *R.G.A.R.*, 1966, 7736; *anders:* Brussel, 4 juli 1955, *t.a.p.*; Corr. Dendermonde, 2 maart 1956, *R.G.A.R.*, 1956, 5735; M.H., noot onder Vred. Nandrin, 21 maart 1956, *J.Liège*, 1956-57, 55).

In zijn arrest van 7 juni 1956 (zie vorig nummer) besliste het Hof van Cassatie in verband met de kosten voor bijstand van een technische raadgever dat tussen deze uitgave en de onteigening geen noodzakelijk oorzakelijk verband mag erkend worden.

Alhoewel hierbij overwogen werd dat aan laatsgenoemd vereiste moet voldaan worden evenals naar gemeen recht, — waardoor wellicht naar artikel 1382 B.W. verwezen wordt, — moest deze beschouwing niettemin verder aangevuld worden door de vaststelling dat de bepalingen der onteigeningswet in verband met het verplicht deskundig verslag in deze rechtspleging de rechten van de onteigende voldoende vrijwaren (zie boven, nr. 451, *in fine*).

Derhalve kan deze rechtspraak niet zo maar tot het gebied van de onrechtmatige daad uitgebreid worden.

Het volgende bezwaar schijnt als het meest gewichtige beschouwd te worden.

De taxatie van het ereloon van de advocaat zou — in strijd met het art. 43 van het Decreet van 14 december 1810, thans vervangen door art. 549 van het Gerechtelijk Wetboek — door de rechtbanken gedaan worden, in plaats van door hem zelf; hierdoor zou de waardigheid van de balie in het gedrang komen (Brussel, 4 juli 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5658, met noot FONTEYNE; E. REUMONT, *Les honoraires de l'avocat élément du dommage*, *J.T.*, 1958, 33).

Nooit zou men overigens weten of de toegekende vergoeding aan de werkelijke uitgave beantwoordt. Een lagere begroting van die schadepost zou krenkend zijn (*Pand.B.*, *Préjudice*, nr. 248 e.v.; Corr. Namen, 23 jan. 1953, *t.a.p.*).

Ook oppert men het bezwaar dat de advocaat die nopens de vergoeding van deze schadepost pleit, *pro domo* moet pleiten. Hierop moet onmiddellijk geantwoord worden dat dit bezwaar als bij toverslag verdwijnt waar schadeloosstelling toegewezen wordt wegens een onrechtmatige eis of verweer. Dan wordt algemeen aanvaard dat de betaling van het ereloon van de advocaat een te vergoeden schadepost uitmaakt (zie o.m. *Rép.P.Dr.B.*, *Tarif civil*, nr. 31; E. REUMONT, *a.w.*, *J.T.*, 1958, 33).

Afgezien daarvan, moet toch onmiddellijk erkend worden dat het fatsoen, of, wat men zelfs in plechtige termen de adel van de balie noemt — maar veeleer als loutere schroomvalligheid moet bestempelen — niet mag opwegen tegen het recht van de benadeelde om volledig schadeloos gesteld te worden. (J. FONTEYNE, noot onder Cass., 18 juni 1964, *R.G.A.R.*, 1965, 7418; J. SCORIELS, *Frais de défense en justice*, *R.G.A.R.*, 1966, 7736).

De waardigheid van de balie komt hier helemaal niet in het gedrang — niet meer dan die van de geneesheer, wiens ereloon in rekening gebracht wordt — mits de advocaat

met de nodige tact zou optreden. Niets verbiedt aan de advocaat om, in de berekening van de schadeloosstelling aan zijn cliënt verschuldigd, een bedrag te begrijpen, bestemd om het slachtoffer te vergoeden voor zijn verdedigingskosten, op voorwaarde dat de staat van ereloon van de advocaat buiten het debat blijft en noch overgelegd noch besproken wordt (beslissing van de Tuchtraad van de balie bij het Hof van Beroep te Brussel, *R.W.*, 1955-56, 867; *J.T.*, 1956, 29).

Overigens moet de rechtbank niet noodzakelijk de vergoeding begroten voor het ereloon van de advocaat afzonderlijk, maar kan dit bedrag samen met de vergoeding voor andere buitengerechtelijke kosten vermengd worden. Dit is geen ongewenste vaagheid. De rechtbank kent het bedrag nog niet, aangezien het ereloon bij het einde van het geding begroot wordt door de advocaat zelf, die derhalve zijn staat nog niet zou kunnen voorbrengen. De rechtbank kent het belang van het geschil en zekere tussenkomsten van de advocaat, de uitslag van zijn studiearbeid, het bepleiten van de zaak.

Maar een onnauwkeurige vergoeding is volgens de reeds besproken principes der begroting *ex aequo et bono* beter dan helemaal geen vergoeding (zie boven, nr. 357 e.v.; *vgl.* Kh. Sint-Niklaas, 14 jan. 1958, *R.G.A.R.*, 1958, 6118).

De rechtbank zal hierbij praktisch uitsluitend rekening houden met het belang van het geschil en de betwistingen die daarbij oprezen, zonder echter de persoonlijkheid van de advocaat in aanmerking te nemen, alhoewel deze voor de advocaat zelf een medebepalende factor is bij de begroting van het ereloon (*vgl.* LEPAULLE, *La justice*, blz. 157 e.v.; CLOQUET, *Over het verhogingsbeding*, *R.W.*, 1951-52, 629 e.v.).

Terloops kan hier verwezen worden naar art. 1022 Ger.W. en uitvoeringsbesluiten, waarbij aan de benadeelde lastens de schadeverwekker een geïndexeerde rechtsplegingsvergoeding wordt toegekend. Deze rechtsplegingsvergoeding varieert naargelang de omvang van het geschil en de rechtsmacht.

Telkens wanneer men moet erkennen dat de benadeelde redelijkerwijze een advocaat moest gelasten met de verdediging van zijn belangen, is de betaling van het ereloon, een schadepost die in principe moet vergoed worden wanneer de eis strekt tot schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W. (Rb. Kortrijk, 29 maart 1951, i.z. B. t./ B., *onuitg.;* Krijgsr. te Gent, 21 dec. 1953, *R.G.A.R.*, 1956, 5660; Corr. Charleroi, 1 april 1955, *J.T.*, 1955, 364; *R.G.A.R.*, 1955, 5609; PICARD, *t.a.p.;* FONTEYNE, *R.G.A.R.*, 1954, 5363; 1955, 5609; 1956, 5698; J. FONTEYNE, noot onder Cass., 18 juni 1964, *R.G.A.R.*, 1965, 7418; J. SCORIELS, *Frais de défense en justice*, *R.G.A.R.*, 1966, 7736).

Er moet echter vastgesteld worden dat in de rechtspraak de verhaalbaarheid van de hier besproken buitengerechtelijke kosten verworpen wordt.

Dit is nl. het geval met de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 4 juli 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5658; *J.T.*, 1956, 57; Brussel, 18 nov. 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5659; Brussel, 3 febr. 1959, *R.G.A.R.*, 1961, 6794; zie ook Rb. Brussel, 11 juni 1981, *J.T.*, 1982, 77 met noot B. VAN REEPINGHEN) en van het Hof van Beroep te Gent, dat dezelfde principes toepaste ter zake van onteigening ten openbare nutte (Gent, 26 april 1956, *R.W.*, 1956-57, 1211; *R.G.A.R.*, 1956, 5789).

Ook de meest recente rechtsleer lijkt in afwijzende zin te oordelen, zij het dan zonder gefundeerde overwegingen terzake te formuleren (MAHIEU/BAUDREZ, *De Belgische advokatuur*, 1980, blz. 518 e.v.; A. MAST, *a.w.*, 1981, noot 16 onder nr. 194, blz. 205).

Tenslotte besliste het Hof van Cassatie in negatieve zin.

De draagwijdte van het arrest van het Hof van Cassatie van 19 maart 1951 (*Pas.*, 1951, I, 496; *R.G.A.R.*, 1952, 4921) mag niet verkeerd beoordeeld worden.

Het betekent niets anders dan dat, in overeenstemming, met een vaststaande rechtspraak, de feitenrechter soeverein over het oorzakelijk verband oordeelt. Ter zake had de feitenrechter overigens blijkbaar juist geoordeeld.

In 1956 echter beoordeelde het Hof van Cassatie, op zeer besliste wijze, dat het beroep op de tussenkomst van een advocaat enkel strekt tot bijstand in de eis tot schadeloosstelling gesteld door de benadeelde. Hieruit meent het Hof van Cassatie zonder meer te mogen afleiden dat dit geen bestanddeel van de schade kan uitmaken, terwijl anderzijds geen enkele wettelijke bepaling het advocatenereloon onder de gerechtskosten vermeldt, waarvan de betaling ten laste zou gelegd worden van de verliezende partij (Cass., 11 april 1956, *Pas.*, 1956, I, 841; *R.G.A.R.*, 1956, 5772 met noot FONTEYNE; *R.W.*, 1956-57, 1355; *J.T.*, 1956, 375; *Bull.Ass.*, 1956, 418; Cass., 11 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1098; *R.G.A.R.*, 1957, 5899; *R.W.*, 1956-57, 1935).

Bij deze arresten mag opgemerkt worden dat het Hof van Cassatie hierbij wellicht uitspraak deed nopens een vraag die aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter voorbehouden is.

De besproken arresten kunnen volledig bijgetreden worden waar zij de voorziening verwerpen op het eerste middel dat de schending van artikel 97 van de Grondwet aanvoerde, maar kunnen bezwaarlijk bijgetreden worden waar zij de voorziening op het tweede middel verwerpen, nl. schending van artikel 1382 B.W.

Het standpunt, in bovenvermelde arresten geformuleerd, werd nogmaals bevestigd bij arrest van 18 juni 1964. Het Hof poneerde dat het beroep op de medewerking van een raadsman door het slachtoffer, enkel als voorwerp heeft het slachtoffer bij te staan in zijn eis tot vergoeding van de schade. Het Hof besluit dat dit geen bestanddeel van de schade is en geen grond tot schadeloosstelling kan opleveren (Cass., 18 juni 1964, *Pas.*, 1964, 1121; *R.G.A.R.*, 1965, 7418 met noot FONTEYNE; *R.W.*, 1964-65, 1303 met noot).

De kosten medegebracht door de tussenkomst van een advocaat kunnen immers door de feitenrechter evenzeer als schade erkend worden als de geneeskundige kosten, het ereloon voor de deskundige door de benadeelde persoonlijk geraadpleegd. In menige gevallen werden door de feitenrechter laatstgenoemde erelonen op soevereine wijze als schadepost erkend (*anders:* Brussel, 14de K., 26 sept. 1959, *Bull.Ass.*, 1961, 727; Corr. Nijvel, 20 nov. 1962, *Bull.Ass.*, 1964, 923 met noot).

Er wordt in dit verband, heel terecht overigens, beslist dat alle uitgaven, die de benadeelde redelijk moest of mocht doen tot bescherming van zijn rechten tegen de aansprakelijke, op deze laatste als schade mogen verhaald worden (zie o.m. Gent, 20 april 1953, *Bull.Ass.*, 1954, 126; zie boven, nr. 451).

Dit principe blijft hier volkomen gelden.

Aan de andere kant is de beschouwing dat het advocatenereloon niet tot de verhaalbare gerechtskosten behoort ongetwijfeld juist, maar de vraag is van een heel andere

aard en nl. te weten of de zekerheid dat dit ereloon zal moeten betaald worden, al dan niet door de feitenrechter als schadepost mag erkend worden, en daarom voor vergoeding ten laste van de aansprakelijke, in aanmerking moet komen.

458 [...]

AFDELING II

VERMINDERING VAN DE OMVANG DER SCHADE — VERBETERING VAN DE TOESTAND VAN DE BENADEELDE — VERWIJZING

459 De aansprakelijke staat slechts in voor de door hem veroorzaakte schade.

Deze schade wordt in haar bestaan en omvang vastgesteld en gewaardeerd naar het tijdstip van de einduitspraak, door de vergelijking tussen de door de onrechtmatige daad gewijzigde vermogenstoestand, met de vermogenstoestand die zou blijven bestaan zijn, was de onrechtmatige daad niet verricht (zie boven, nr. 22 en 220).

Daarom zal, wanneer tussen de onrechtmatige daad en de uitspraak, de schade in omvang verminderde, de rechter met deze werkelijkheid moeten rekening houden, om de aansprakelijke slechts tot die schadeloosstelling te veroordelen die gelijk is aan de door de aansprakelijke uiteindelijk veroorzaakte schade, noch min noch meer (*vgl.* boven, nr. 438).

Een hele reeks gevallen zal tot geen betwistingen aanleiding geven.

Indien b.v. oorspronkelijk een arbeidsongeschiktheid van één maand verwacht werd, maar inmiddels gebleken is dat het slachtoffer na één week zijn werk volledig kan hernemen, moet niet met het onjuist gebleken vooruitzicht, maar integendeel met de zekerheid die het achterhaalde, rekening gehouden worden.

Verder zullen betwiste gevallen besproken worden waar schijnbaar de schade niet verminderde, en niettemin de zekerheid nopens de beperkte omvang van de schade, zal moeten erkend worden, nl. door het overlijden van het gekwetste slachtoffer. Dit overlijden verbetert geenszins zijn toestand, wel integendeel. Toch maakt het een einde aan zijn eigen schade die zich in de duur uitstrekte.

Dit is geen kwestie van vermindering van de schade, maar wel van zekerheid nopens de duur, waaromtrent vóór het overlijden slechts gissingen konden bestaan (zie verder, nr. 487 e.v.).

Toch komen er grensgevallen voor waar men zich moet afvragen of een latere nadelige gebeurtenis, niet van aard kan zijn om de omvang van de door de aansprakelijke te vergoeden schade te beperken.

Gezien de samenhang van deze problematiek met die van de latere gebeurtenissen die de zekerheid van de omvang der schade betreffen, zal de stof in die samenhang behandeld worden (zie verder, nr. 492 e.v.).

Waar integendeel aangevoerd wordt dat de toestand van de benadeelde verbeterd is,

zal in menig geval de vraag rijzen of in werkelijkheid de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade verminderd is.

Dit is het vraagstuk van het toerekenen van de voordelen waarmede het schadeberokkenend feit of de schadeloosstelling kan gepaard gaan.

Ook dit vraagstuk dient afzonderlijk behandeld te worden (zie verder, nr. 519 e.v.).

HOOFDSTUK VII

BEPERKING VAN DE SCHADE DOOR DE BENADEELDE — VERPLICHTING? — VERHAALBAARHEID VAN DE DAARTOE GEMAAKTE KOSTEN

AFDELING I

HET VRAAGSTUK

460 Vrij dikwijls wordt, zonder veel argumenten, als principe vooropgesteld dat, zodra door een onrechtmatige daad schade veroorzaakt werd, op de benadeelde de verplichting rust om alle redelijke maatregelen te treffen teneinde de schade te beperken; over de verantwoording en de draagwijdte van dergelijk principe blijkt echter helemaal geen eensgezindheid te bestaan.

Van meet af aan kan onderstreept worden, dat, bij het onderzoek nopens de geldigheid van een dergelijke algemene regel, zeer omzichtig zal moeten te werk gegaan worden.

Met uitzondering van enkele auteurs die slechts een paar bladzijden wijden aan het bestaan van het principe dat zij als aanvaard onderstellen (DEMOGUE, IV, nr. 463*bis*, blz. 127 e.v.; PIRSON/DE VILLÉ, nr. 220, blz. 529 e.v.), wordt de vraag nagenoeg niet op het leerstellige peil onderzocht.

Integendeel blijkt in de rechtspraak slechts een zeer vaag principe aangewend te worden, in die gevallen, waar het tot verantwoording van een gewenste oplossing dienstig bleek. Het vooropzetten van een algemene regel die op theoretisch gebied niet voldoende bestudeerd werd — ook al verschaft hij wel eens een voldoende motief voor bepaalde oplossingen — is op zich zelf roekeloos.

Daarom alleen reeds mag de voorzichtige houding van het Belgische Hof van Cassatie (zie verder, nr. 465), volledig goedgekeurd worden.

461 Het besproken principe werd in België en Frankrijk vooral in de rechtspraak vooropgesteld (zie o.m. Rb. Gent, 10 juni 1896, *Pas.*, 1896, III, 344; Gent, 27 juli 1948, *Bull.Ass.*, 1949, 213; Corr. Brussel, 18 mei 1935, *R.G.A.R.*, 1935, 1954; Corr. Luik, 25 april 1947, *R.G.A.R.*, 1948, 4306; Corr. Dendermonde, 24 april 1959, *R.G.A.R.*, 1961, 6749 en 6793; Corr. Neufchâteau, 24 nov. 1965, *R.G.A.R.*, 1966, 7700; Corr. Luik, 12 jan. 1966, *J.Liège*, 1965-66, 290; Corr. Doornik, 15 okt. 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9589; Kh. Gent, 25 nov. 1948, *R.W.*, 1949-50, 1129; Rb. Antwerpen, 13 nov. 1952, *R.W.*, 1952-53, 1020; Rb. Luik, 18 april 1972, *Verz.*, 1973, 279; Pol. Laroche, 1 maart 1954, *J.Liège*, 1953-54, 238; *R.G.A.R.*, 1954, 5389; *Bull.Ass.*, 1954, 280; Vred. Antwerpen, 1ste kanton, 4 nov. 1970, *Verz.*, 1971, 29, met noot V.H.; *R.G.A.R.*, 1971, 8697).

Hetzelfde principe wordt toegepast bij de vergoeding van de invaliditeit op grond van

de Arbeidsongevallenwet (zie o.m. DELARUWIÈRE en NAMÈCHE, *La réparation des dommages résultant des accidents du travail,* tweede druk, nr. 81, blz. 140 e.v.; VAN DE VELDEN/SCHAMP, *Arbeidsongevallen Privé-Sektor,* blz. 103 en 106; M. VANDEUR, *Schadeloosstelling volgens gemeen recht,* 1979, blz. 48; Arbh. Luik, 3 mei 1972, *Verz.,* 1973, 69 met noot V.H.; Arbh. Brussel, 7 febr. 1973, *Verz.,* 1973, 537; *R.G.A.R.,* 1974, 9277; Arbrb. Charleroi, 31 okt. 1973 en Arbh. Bergen, 17 okt. 1975, *Verz.,* 1974, 271 en 1975, 1049 met noot V.H.; Arbrb. Charleroi, 9 mei 1974, *Verz.,* 1975, 419; *J.T.T.,* 1975, 123; Vred. Gehay-Bodegnée, 10 febr. 1967, *T.Vred.,* 1967, 201).

Het Belgische Hof van Cassatie blijkt tot nog toe weigerachtig te zijn om een dergelijke algemene regel te erkennen (zie verder, nr. 465).

De Franse Conseil d'Etat past een verwant principe toe, waar hij oordeelt dat de schade dient begroot te worden op het ogenblik van de uitspraak, maar met dien verstande dat de benadeelde, die over de middelen daartoe beschikte, de schade moest beperken vanaf haar ontstaan (zie o.m. Cons. d'Etat, 21 maart 1947, *J.C.P.,* 1947, II, 3864; Cons. d'Etat, 10 febr. 1950, *Rec. Sirey,* 1950, 3, 71; Cons. d'Etat, 23 mei 1952, *Rec. Sirey,* 1952, 3, 95; Cons. d'Etat, 29 juli 1953, *Rec.Dall.,* 1954, *Somm.* 16).

De bewijslast van deze onmogelijkheid zou zelfs op de benadeelde rusten (noot onder Cons. d'Etat, 23 mei 1952, *Rec. Sirey,* 1952, 3, 95; *vgl.* ook MORANGE, *L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives, Rec.Dall.,* 1951, *Chr.,* 61 e.v.).

Deze bestuurlijke rechtspraak wijkt echter af van de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie (Cass.fr., 10 mei 1950, *Rec.Dall.,* 1950, J, 465; Cass.fr., 2 aug. 1950, *Rec.Dall.,* 1951, *Somm.,* 31; zie ook: DERRIDA, *J.C.P.,* 1951, I, 918, nr. 13; *vgl.* boven, nr. 377).

Het principe werd, meestal terloops, door de rechtsleer, zonder grondige bespreking overgenomen (*vgl.* DE PAGE, II, 1964, nr. 469, blz. 461 *in fine;* PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 220, blz. 529 e.v.; *Rép.P.Dr.B.,* Tw. *Responsabilité,* nr. 1860 e.v.; DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence,* 1951-1955, *R.Crit.J.B.,* 1955, blz. 265; *vgl.* DEMOGUE, IV, nr. 463*bis,* blz. 127 e.v.).

In Nederland werd in de rechtsleer en de rechtspraak van rechtbanken en hoven en van de hoge raad, algemeen erkend dat op de benadeelde de plicht rust om de schade redelijkerwijze te beperken; hieruit volgt dat al de schade die ontstaan is tengevolge van het niet nemen van redelijke maatregelen, onvergoed, ten laste zal blijven van de benadeelde (zie o.m. Hoge Raad, 31 maart 1950, *N.J.,* 1950, nr. 592, met noot Ph. A.N.H.; ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht,* II, blz. 527 e.v. met aldaar aangehaalde rechtspraak; BLOEMBERGEN, *Omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad,* blz. 43 e.v.; VAN BRAKEL, I, § 506, blz. 611, en § 71, B, blz. 93; *vgl.* WOLFSBERGEN, blz. 218 e.v.).

Het nieuw N.B.W. lijkt geen algemene verplichting tot beperking van de schade aan de benadeelde op te leggen.

Het sluit integendeel aan bij de hierna vooropgestelde oplossing, volgens dewelke het stilzitten van de benadeelde in bepaalde gevallen als een schuldig verzuim moet worden beschouwd (zie verder, nr. 464 e.v.).

Art. 6.1.9.6 van het nieuw B.W. luidt immers: „Wanneer de schade mede te wijten is aan een

omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt, voor zover dit redelijk is, de vergoedingsplicht gematigd of vervalt deze geheel."

Uit de toelichting bij het Ontwerp blijkt dat de aangesprokene zich o.m. op dit artikel kan beroepen als de benadeelde, na het schadeverwekkend feit, heeft verzuimd het nodige te doen ter voorkoming of beperking van de schade.

De ontwerpers voegen hieraan toe dat, indien er wel een mogelijkheid bestond om de schade te voorkomen, doch men aan de benadeelde slechts kan verwijten dat hij aan die mogelijkheid niet heeft gedacht, er reden kan zijn om de aangesprokene niet van zijn aansprakelijkheid te ontheffen.

Uit dit voorbehoud, dat wijst op het ernstig karakter dat het verzuim van de benadeelde moet vertonen, evenals uit de algemene bewoordingen van het besproken artikel, dat geschreven is voor alle gevallen waarin een deel der opgelopen schade te wijten is aan een aan de benadeelde toerekenbare omstandigheid en niet alleen voor het geval van schadebeperking na voorkomen van het schadegeval, blijkt duidelijk dat de benadeelde een schuldig verzuim moet kunnen worden ten laste gelegd wil de aangesprokene zich op de matiging der schadeloosstelling kunnen beroepen (zie o.m. ASSER-RUTTEN, III, *De verbintenis uit de wet,* 91; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* 1965, nr. 274 e.v., blz. 395 e.v.; H.R., 1 mei 1959, *N.J.,* 1961, 571; H.R., 19 dec. 1975, *N.J.,* 1976, 280; H.R., 2 april 1976, *N.J.,* 1976, 532; H.R., 5 okt. 1979, *N.J.,* 1980, 43; *vgl.* E. DIRIX, *De schadebeperkingsplicht van de benadeelde,* noot onder Rb. Hasselt, 26 febr. 1979, *R.W.,* 1979-80, 2920).

De „Schadenabwendungspflicht des Geschädigten" steunt in Duitsland op de tekst van § 254 B.G.B., luidens dewelke als eigen schuld aan de benadeelde aangerekend wordt, o.m. het nalaten „den Schaden afzuwenden oder zu mindern". De schade voorkomen of beperken is een werkelijke „Rechtspflicht", zodat de benadeelde, in bepaalde omstandigheden, zelfs tot een „Aufnahme eines Kredits" kan verplicht worden, teneinde aan deze regel te kunnen voldoen (J. ESSER, *Schuldrecht,* I, 1970, 332, § 47).

462 Over het al dan niet bestaan van dergelijke algemene verplichting bewaart het Burgerlijk Wetboek het meest volkomen stilzwijgen.

Waar dergelijke verplichting als algemene regel in verschillende vonnissen en arresten verondersteld wordt, gebeurde dit nagenoeg zonder verantwoording; de Belgische rechtsleer ten slotte beperkt er zich toe, de uit deze rechtspraak inductief gewonnen regel te herhalen.

Wellicht kan het principe overgenomen zijn uit artikel 17 van de Verzekeringswet, waarvan zoals verder nog zal blijken, de formulering ook voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad belangrijk is.

Dit artikel bepaalt: „In elke verzekering moet de verzekerde alles in het werk stellen om de schade te voorkomen of te beperken; hij moet, zodra de schade ontstaan is, daarvan kennis geven aan de verzekeraar, een en ander op straffe van schadeloosstelling, indien daartoe grond bestaat.

De kosten door de verzekerde gemaakt om de schade te beperken zijn ten laste van de verzekeraar, zelfs wanneer het bedrag van die kosten, gevoegd bij het bedrag van de schade, de verzekerde som te boven gaat en wanneer de aangewende pogingen vruchteloos zijn geweest.

Niettemin kunnen de rechtbanken en de scheidsrechters, wanneer de partijen op hen een beroep hebben gedaan, deze kosten matigen of zelfs weigeren ze toe te kennen, wanneer ze oordelen dat zij, voor het geheel of voor een gedeelte, op onbedachtzame wijze werden gedaan."

Deze verbintenis uit art. 17 hoort tot de openbare orde. Zoals R. VANDEPUTTE het opmerkt, zou het onwelvoeglijk zijn dat aan de verzekeringsnemer het recht zou gegeven worden de resultaten van de ramp af te wachten zonder tussenkomst van zijnentwege (R. VANDEPUTTE, *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht, XIV, Verzekeringsrecht,* 1978, blz. 97).

De verzekeringsnemer moet zich na de ramp derhalve als een goede huisvader gedragen (VANDEPUTTE, *a.w.,* blz. 98).

De regel die reeds in de 16de eeuw ontstond, kan verantwoord worden met beroep op de goede trouw, waarop, meer nog dan in de andere overeenkomsten, de nadruk gelegd wordt, ter zake van verzekeringsovereenkomst.

Maar ook voor de andere overeenkomsten kan beroep gedaan worden op artikel 1134, derde lid B.W.,

luidens hetwelk de overeenkomsten te goeder trouw moeten uitgevoerd worden, evenals op artikel 1135 B.W., luidens hetwelk de overeenkomst verbindt ook tot al de gevolgen die door de billijkheid vereist worden.

In tegenstelling met de schade uit onrechtmatige daad, kan men m.b.t. de contractuele aansprakelijkheid spreken van een werkelijke verplichting tot het beperken van de schade (DE PAGE, II, nr. 469, blz. 459 e.v.; F. BAERT, *De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten, R.W.*, 1956-57, 500 *in fine;* E. DIRIX, *De schadebeperkingsplicht van de benadeelde,* noot onder Rb. Hasselt, 26 febr. 1979, *R.W.*, 1979-80, 2928; *vgl.* Cass., 22 jan. 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 607; *Pas.*, 1976, I, 583; *R.W.*, 1975-76, 2619; Gent, 15 dec. 1971, *T.Aann.*, 1973, 22 met noot DELAHAYE; *R.W.*, 1971-72, 913; *B.R.H.*, 1971, 683).

In Duitsland werd, zoals opgemerkt, terzake van onrechtmatige daad, door § 254 B.G.B. de verplichting om de schade af te wenden of te beperken, aan de benadeelde opgelegd. Deze bepaling wordt er verklaard als toepassing van het vereiste van *Trau und Glauben* (Bundesgerichtshof, 13 dec. 1951, *Deutsche Rechtsprechung,* I (123), 21, b; E. DIRIX, *a.w.*, *R.W.*, 1979-80, 2922; *vgl.* § 242 B.G.B.).

Het beginsel dat de benadeelde als een *goed huisvader* de schade dient te beperken werd aldus in Duitsland wettelijk ingelast. M.a.w. de schadebeperking is een verplichting die elk ordentelijk en verstandig mens op zich dient te nemen (PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 40e Auflage, 1981, blz. 253 e.v.; J. ESSER, *Schuldrecht,* I, 1970, 332, § 47).

Ook in de Belgische rechtspraak werd, bij aanwending van het principe wel eens op de goede trouw beroep gedaan (Corr. Luik, 25 april 1947, *R.G.A.R.*, 1948, 4306).

Een andere grondslag werd ook vooropgesteld, waarbij geen beroep moest gedaan worden op de artikelen 1134-1135 B.W., die betrekking hebben op de verbintenissen uit overeenkomst ontstaan.

DE BERSAQUES nl. zag in voornoemde bepaling de toepassing van een veel ruimer beginsel, dat ook de behandelde vraag moet beheersen: het verbod van rechtsmisbruik. Hierop steunende zou vooropgesteld mogen worden: „La victime est tenue, de prendre toutes les mesures utiles pour limiter le dommage, parce qu'il n'est pas admissible que, par égoïsme ou insouciance des intérêts de son débiteur, elle aggrave l'obigation de ce dernier" (DE BERSAQUES, *L'abus de droit,* noot onder Gent, 20 nov. 1950, *R.Crit.J.B.*, 1953, blz. 281, nr. 15; zie ook Brussel, 11 jan. 1963, *Pas.*, 1963, II, 103; Luik, 23 okt. 1964, *Pas.*, 1964, II, 242; *R.G.A.R.*, 1965, 7474; Luik, 13 febr. 1980, *J.Liège,* 1981, 109 met noot HENRY; zie verder, nr. 473; E. DIRIX, *a.w.*, *R.W.*, 1979-80, 2924).

Men heeft de beweerde verplichting van de benadeelde tot beperking van de schade ook wel eens willen voorstellen als een verplichte zaakwaarneming; de benadeelde zou dan ook over hetzelfde verhaalsrecht beschikken als dat van de zaakwaarnemer op grond van artikel 1375 B.W. (*vgl.* DEMOGUE, IV, nr. 463*bis,* blz. 127 e.v.). Men beperkte er zich wel eens toe te zeggen dat het slachtoffer redelijk moest handelen, en daarom alleen, ernstig moet trachten de omvang van de schade te beperken (BLOEMBERGEN, *Omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad,* blz. 43). Als goede *pater familias* is hij daartoe gehouden, of, als *vernünftiger Mensch,* zou hij verplicht zijn tegenover de schade zodanig op te treden, als zou hij nooit enige aanspraak op schadeloosstelling kunnen maken (OFTINGER, I, § 7, II, A, blz. 202 e.v.).

463 Alle dergelijke pogingen om het bestaan te erkennen van een positieve verplichting van de benadeelde om de schade te beperken, kunnen niet als deugdelijk beschouwd worden.

Als verantwoording blijken zij onvoldoende of integendeel, geven zij een ongewenste, al te grote draagwijdte aan een principe dat slechts in enkele concrete gevallen, ten aanzien van de bijzondere gegevens van het geschil juist kan blijken, terwijl het voor de gewenste oplossing daarvan niet noodzakelijk was.

Vooreerst is voor een verplichte zaakwaarneming van de belangen van de aansprakelijke geen enkele grondslag voorhanden. Er is tussen de partijen een verbintenis tot schadeloosstelling uit onrechtmatige

daad ontstaan, en de regelen daarvan beheersen hun rechtsverhouding (*vgl.* VON THUR, I, § 14, VI, blz. 94).

Vervolgens kan voorzeker aangenomen worden dat in sommige gevallen, waar de benadeelde schuldig handelde in zijn weigering om de schade te beperken, inbreuk gepleegd werd op het vereiste van goede trouw.

Het vereiste van goede trouw is inderdaad niet uitsluitend tot het gebied van de verbintenissen uit overeenkomsten beperkt, alhoewel de wetgever dit slechts alleen daarvoor uitdrukkelijk bepaalde in artikel 1134, derde lid, B.W. Ook de andere verbintenissen moeten te goeder trouw uitgevoerd worden. De goede trouw is een algemeen vereiste bij de uitoefening van elk recht en de verrichting van alle rechtshandelingen, ook buiten het gebied van de overeenkomst. Denk aan het bezit, de verjaring, de onverschuldigde betaling, de onrechtmatige mededinging enz. (*vgl. Aequitas und bona fides. — Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius,* Bazel (1955), o.m. de bijdrage van GERMANN, blz. 71 e.v.).

Ook het recht op schadeloosstelling moet te goeder trouw uitgeoefend worden, zoniet is er rechtsmisbruik.

Het Hof van Cassatie formuleerde de algemene regel in het principearrest van 12 juli 1917: „.. qu'entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour autrui" (*Pas.*, 1918, I, 65).

Dit principe werd reeds vermeld bij de bespreking van de vorm van de schadeloosstelling: de benadeelde mag geen herstel in specifieke vorm vorderen waar het, in vergelijking met een geldelijke schadeloosstelling, zonder tegenwaarde voor hem zelf, buitenmatig zwaar zou wegen op de aansprakelijke (zie boven, nr. 291).

Maar het vereiste van goede trouw of het verbod van rechtsmisbruik zijn slechts aanvullende middelen om onrechtvaardigheid te voorkomen, waartoe een te strakke uitoefening van subjectieve rechten zou kunnen leiden. Zij zijn op het hier besproken gebied niet vereist, en leiden integendeel tot een ongewenste veralgemening.

Het criterium van de vergelijking met de *bonus pater familias* of de *vernünftiger Mensch* (boven nr. 462, *in fine),* was ten slotte onjuist, waar als maatstaf genomen werd de benadeelde die g e e n aanspraak op schadeloosstelling heeft.

Integendeel gaat het, bij onderstelling, over een persoon die wel aanspraak op schadeloosstelling heeft. Zijn gedragingen of onthoudingen moeten dan ook vergeleken worden met die van een redelijke mens, in dezelfde omstandigheden, m.a.w. iemand die aanspraak heeft op schadeloosstelling (zie verder, nr. 467).

De veralgemening tot een positieve verplichting van de benadeelde om de schade te beperken was een niet verantwoorde gevolgtrekking uit een min of meer intuïtieve inductie. Uit verschillende bijzondere gevallen waar de e i g e n s c h u l d v a n d e b e n a d e e l d e mocht erkend worden in het nalaten van redelijke maatregelen tot beperking van de schade, werd opgeklommen tot een algemene regel: de positieve verplichting om steeds dergelijke maatregelen te treffen.

Men oordeelde b.v. dat, i n e e n b e p a a l d g e v a l, de benadeelde schuldig stilzit wanneer hij het vernield goed niet tijdig verving of herstelde, en de prijs daarvan later aanzienlijk gestegen is (zie b.v. Gent, 14 juli 1952, *R.W.*, 1952-53, 1499, met advies MATTHIJS); waar hij een beschadigd voorwerp niet binnen een redelijke tijd herstelde, zodat de duur van de onbruikbaarheid verlengd werd; waar het slachtoffer de gevolgen van de opgelopen verwondingen liet verzwaren door gebrek aan passende zorgen.

Uit deze oplossingen die wellicht *in concreto* juist konden zijn, werd dan de positieve verplichting om de schade te beperken als algemeen voorgesteld.

Eenmaal deze veralgemening geschied was, keerde men de regel om door te zeggen: handelt schuldig, hij die tekortkomt aan de verplichting om de schade redelijk te beperken.

AFDELING II

OPLOSSING

§ 1. Het principe en zijn draagwijdte

464 Deze veralgemening en de er uit afgeleide regel lijken te absoluut.

Het nalaten van redelijke maatregelen te treffen is en blijft een *species* van de eigen schuld van de benadeelde.

Er rust op de benadeelde geen positieve verplichting, met algemene draagwijdte, om de, door de aansprakelijke veroorzaakte schade te beperken (DERRIDA, *J.C.P.*, 1951, I, 918, nr. 13). In bepaalde gevallen, kan het nalaten redelijke maatregelen te treffen tot beperking van de omvang der schade, ten aanzien van de omstandigheden als een schuldig verzuim aan de benadeelde toegerekend worden.

In dat geval, maar dan alleen, blijft de schade die niet het gevolg is van de onrechtmatige daad, maar wel van het schuldige nalaten van de benadeelde zelf, ten laste van de benadeelde.

Maar aan de andere kant zullen de kosten en uitgaven van de benadeelde, door de redelijke maatregelen tot beperking van de omvang van de schade, en de eventuele grotere schade die er uit kan ontstaan, verhaalbaar zijn tegen de aansprakelijke.

Het werd als volgt door procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT samengevat:

,,Il paraît difficile de soutenir que la victime, dépouillée d'une chose par un délit ou un quasi-délit, puisse avoir l'obligation à l'égard de l'auteur du dommage, de procéder d'office au remplacement de cette chose.

Mais lorsque le préjudice consiste dans la dégradation d'une chose, la victime peut avoir commis une faute si, en n'effectuant pas une réparation qu'elle eût pu faire sans inconvénient sérieux pour elle, elle a laissé s'aggraver le dommage, elle a laissé la chose se déteriorer plus gravement. Toutefois, ce qui est ici en question ce n'est pas, à proprement parler, l'évaluation du montant de la réparation. La jurisprudence considère que, dans cette hypothèse, l'aggravation du dommage — et partant l'un des éléments intrinsèques de celui-ci — est due en tout ou en partie à la négligence ou à l'inertie de la victime et n'a pas pour cause l'acte illicite.

Appréciation de l'étendue du dommage et du lien de causalité, questions connexes, mais néanmoins distinctes de l'évaluation de la réparation du dommage'' (conclusie voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 575).

465 Deze meer genuanceerde stelling blijkt vooreerst de enige te zijn die ten aanzien der principes kan verantwoord worden.

Het vooropstellen van een positieve algemene verplichting van schadebeperking, waaraan de tekortkoming schuld zou uitmaken, is een onverantwoorde veralgemening.

De uit de rechtspraak te induceren regelen moeten immers slechts de toepassing van de hoofdregel verzekeren, volgens dewelke de veroorzaakte schade volledig dient vergoed te worden (zie boven, nr. 234). De enige matiging van de schadeloosstelling die naar Belgisch recht mogelijk is, is die op grond van de eigen schuld van de

benadeelde (zie boven, nr. 271; *vgl.* Cass., 7 febr. 1946, *Pas.*, 1946, I, 60; *J.T.*, 1946, 95; *R.Crit.J.B.*, 1948, 121).

De meest gezaghebbende auteurs, ook wanneer zij de geldigheid van dergelijke verplichting om schadebeperking als algemene regel erkenden, behandelden deze vraag dan ook terecht als een toepassing van de theorie en praktijk der eigen schuld (zie o.m. DEMOGUE, IV, nr. 463*bis*, blz. 127 e.v.; LALOU, nr. 335 e.v., blz. 235 e.v.; WOLFSBERGEN, *Onrechtmatige daad*, blz. 219; OFTINGER, I, § 7, II, A, blz. 202 e.v.; BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, nr. 270 e.v., blz. 390 e.v.; BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 38).

Deze stelling is ook die van de Belgische en Franse Hoven van Cassatie (Frankrijk: Cass.fr., 10 mei 1950, *Rec.Dall.*, 1950, 465; Cass.fr., 2 aug. 1950, *Rec.Dall.*, 1951, Somm., 31; Cass.fr., 3 juli 1969, *J.C.P.*, 1970, *J.*, 16.447; *Gaz.Pal.*, 1969, II, 141; Cass.fr., 30 okt. 1974, *Rec.Dall.*, 1975, J., 178, met noot SAVATIER; *J.C.P.*, 1975, II, 18.038, met noot MOURGEON; *R.G.A.R.*, 1975, 9452 en 9660; België: Cass., 6 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 157; *R.Crit.J.B.*, 1947, 181, met noot VAN HECKE; Cass., 7 febr. 1946, *J.T.*, 1946, 95; *R.Crit.J.B.*, 1948, 121, met noot PIRET; Cass., 28 nov. 1960, *Pas.*, 1961, I, 335; *R.G.A.R.*, 1961, 6681; *Bull.Ass.*, 1961, 297 met noot M.G.; Cass., 16 juni 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 1026; *Pas.*, 1961, I, 950; *vgl.* ook Cass., 25 maart 1943, *Pas.*, 1943, I, 110; *R.Crit.J.B.*, 1948, 157, met noot DOR).

Ten slotte laat deze stelling toe, de gewenste oplossingen te verantwoorden, zonder te leiden tot toepassingen die een deel van de veroorzaakte schade onvergoed zouden laten, terwijl de benadeelde geen enkel gegrond verwijt treft.

466 De aard van dit schuldig stilzitten dient vooreerst nader bepaald te worden.

Gaat het hier over aansprakelijkheid van de benadeelde jegens zichzelf, ofwel, aansprakelijkheid van de benadeelde jegens de aangesprokene, die de oorspronkelijke schade veroorzaakt had?

De door dit artikel 17 van de Verzekeringswet opgelegde positieve verplichting om de schade te beperken schept een aansprakelijkheid jegens de verzekeraar. De woorden der wet, evenals hun historische oorsprong laten hieromtrent geen twijfel over (zie eerste lid, *in fine*: „op straffe van schadeloosstelling"; — zie de tekst boven, nr. 462). Volgens sommigen zou dit ook na de onrechtmatige daad het geval zijn.

De benadeelde zou dan aansprakelijk zijn jegens de aangesprokene „puisque, en participant à la réalisation du dommage, elle (la victime), nuit à ce dernier, tenu de réparer" (MAZEAUD, II, 1970, nr. 1467-2, blz. 557; in die zin ook: DEMOGUE, IV, nr. 802, blz. 518; *vgl.* DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence*, *R.Crit.J.B.*, 1949, blz. 59, nr. 19).

Juister lijkt de opvatting van JOSSERAND: de eigen schuld van de benadeelde doet slechts aansprakelijkheid ontstaan jegens zichzelf (JOSSERAND, *La responsabilité envers soi-même*, *Dall.Hebd.*, 1934, *Chr.*, 73; P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours de responsabilités. Conventions d'irresponsabilité*, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1934, blz. 328).

Dit was ook de zienswijze van procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT, waar hij in de reeds aange-

haalde besluiten voorhield: „Il paraît difficile de soutenir que la victime dépouillée d'une chose par un délit ou un quasi-délit, puisse avoir l'obligation *à l'égard de l'auteur du dommage*, de procéder d'office au remplacement de cette chose" (conclusie voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 575).

De eigen schuld van de benadeelde bestaat inderdaad in de laakbare of verwijtbare miskenning van zijn eigen belangen, waardoor hij de schade mede veroorzaakte (*vgl.* ENNECCERUS-LEHMANN, § 16, blz. 71). Ingeval zulke laakbaarheid aanwezig is, zal de vermeerderde omvang van de schade ten laste blijven van de benadeelde in de mate van zijn toedoen.

Het principe werd reeds besproken naar aanleiding van de schadeloosstelling bij gedeelde aansprakelijkheid (zie boven, nr. 271).

Hieruit volgt dat de aangesprokene geen wedereis tot schadeloosstelling moet instellen waar hij wil aanvoeren dat de benadeelde op schuldige wijze naliet de omvang van de schade te beperken, aangezien hieruit geen aansprakelijkheid van de benadeelde jegens de aansprakelijke, maar wel jegens zichzelf voortspruit. Er is dus geen gerechtelijke schuldvergelijking nodig tussen respectievelijke verbintenissen tot schadeloosstelling, maar wel gedeelde aansprakelijkheid, zoals in de overige gevallen van eigen schuld (zie verder, nr. 473).

467 Hieruit volgt een belangrijke regel voor de praktijk. Telkens wanneer de rechter, ten aanzien van daartoe strekkende besluiten van de aangesprokene moet oordelen of de benadeelde er toe gehouden was de omvang van de schade, veroorzaakt door een onrechtmatige daad, te beperken, moet hij niet nagaan of hij tekortkwam aan een algemene verplichting, waarvan de geldigheid mocht ontkend worden.

Integendeel, hij zal ten aanzien van de omstandigheden, eigen aan het behandelde geval, moeten nagaan of het stilzitten van het slachtoffer al dan niet schuldig was.

Als criterium geldt geenszins de houding die een redelijke mens zou genomen hebben in geval hij geen aanspraak op schadeloosstelling had (in die zin, OFTINGER, I, § 7, II, A, blz. 202), maar wel: de houding die een redelijke mens in die zelfde omstandigheden in zijn eigen belang zou genomen hebben, ook al had hij mogelijk aanspraak op schadeloosstelling.

Inderdaad wordt het al dan niet bestaan van schuld getoetst aan de houding die een normaal mens in dezelfde omstandigheden zou aangenomen hebben. Welnu, tot die omstandigheden behoort de verwachting van een schadeloosstelling ten laste van de aansprakelijke (*vgl.* DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence, R.Crit.J.B.*, 1949, blz. 92, nr. 90).

Het is b.v. zeer goed mogelijk dat een persoon wiens auto volledig vernield is door een ongeval dat aan zijn eigen schuld te wijten is, niet meer in staat is om zich een andere wagen aan te schaffen, vooraleer verschillende jaren verlopen zullen zijn.

Integendeel kan en zal hij dit wel, indien hij door de aansprakelijke schadeloos zal gesteld worden, ten einde zich een nieuwe wagen aan te schaffen.

Het criterium is dus wel de vergelijking met de houding van een andere benadeelde, die in dezelfde omstandigheden, aanspraak op schadeloosstelling heeft.

De benadeelde moet immers redelijk handelen tegenover zijn eigen belangen (*vgl.* VON THUR, *Obligationenrecht*, I, § 14, V, blz. 94). Tegenover de aansprakelijke die hem benadeelde is hij geenszins gehouden om als zaakwaarnemer op te treden tot beperking van de omvang van diens verbintenis tot schadeloosstelling.

Een oud, maar treffend praktijkvoorbeeld kan de juistheid van het voorgestelde criterium aantonen.

Een geneesheer had zich tijdens zijn invaliditeit niet door een collega laten vervangen, en vorderde schadeloosstelling o.m. voor verlies van cliëntele. Terecht liet de rechtbank dit verlies voor rekening van het slachtoffer, dat schuldig nagelaten had zich, in overeenstemming met het gebruik, te laten vervangen tijdens zijn ziekte (Rb. Brussel, 16 juli 1912, *Pand.Pér.*, 1913, nr. 174). Inderdaad, een andere geneesheer, ook al had hij aanspraak op schadeloosstelling, zou zich laten vervangen hebben.

468 Vooreerst komt bij de beoordeling van een al dan niet schuldig verzuim om de schade te beperken, de aard van het geschil in aanmerking.

Terecht werd in die zin geoordeeld dat aan de benadeelde niet kan verweten worden dat hij het einde van het geding afwachtte, vooraleer hij tot de herstellingswerken aan een beschadigd gebouw zou laten overgaan, vermits de aangesprokene zijn aansprakelijkheid betwistte; daarom wist de benadeelde nog niet zeker of hij schadeloos gesteld zou worden, en was het redelijk dat hij de zekerheid daaromtrent afwachtte vooraleer hij uitgaven deed (Cass., 25 maart 1943, *Pas.*, 1943, I, 110; *R.Crit.J.B.*, 1948, 157, met noot DOR).

Een hiermee verwante oplossing wordt in de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie gehuldigd, waar het oordeelt: „Celui à qui incombe la perte d'une chose ne peut reprocher à la victime de n'avoir pas procédé à son remplacement avant que les moyens ne lui en aient été fournis" (Cass.fr., 10 mei 1950, *Rec.Dall.*, 1950, *J.*, 465; Cass.fr., 2 aug. 1950, *Rec.Dall.*, 1951, *Somm.*, 31; in dezelfde zin: Kh. Brussel, 24 juni 1944, *R.G.A.R.*, 1946, 3971).

Steeds in dezelfde zin zal de laattijdige vaststelling der schade of het onnodig verlengen van een wachttijd van een expertise ten laste komen van de benadeelde, wanneer wordt vastgesteld dat deze op foutieve wijze inactief is gebleven. De inertie van het slachtoffer maakt immers een fout uit, die de oorzakelijkheid met het ongeval verbreekt (Corr. Gent, 15 jan. 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10.595; *R.W.*, 1983-84, 318; Kh. Brussel, 23 okt. 1969, *Verz.*, 1970, 535 met noot; Corr. Luik, 12 jan. 1966, *J.Liège*, 1965-66, 290; Rb. Brussel, 24 juni 1969, *Verz.*, 1969, 649). Hetzelfde geldt bij het schuldig stilzitten van de gesubrogeerde (Corr. Leuven, 27 okt. 1978, *Verz.*, 1980, 721).

Omgekeerd zal na een zuiver en voldoende aanbod van de aansprakelijke, de weigering van de benadeelde om tot herstel of vervanging te laten overgaan, onrechtmatig zijn; daarom blijft de door zijn weigering en stilzitten vermeerderde omvang van de schade te zijnen laste (*vgl.* Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, I, 1972, nr. 701, blz. 270).

Dit principe werd reeds toegepast betreffende de vergoedende interesten (zie boven, nr. 342). Er werd ook reeds opgemerkt dat waar de benadeelde aldus schuldig naliet de omvang van de schade te beperken, de prijsstijging die nadien volgde, te zijnen laste blijft (zie boven, nr. 416).

469 Vervolgens komt ook het beroep van de benadeelde in aanmerking.

Het werd in Engeland opgemerkt ten aanzien van de daar gehuldigde algemene positieve verplichting van de benadeelde tot het treffen van maatregelen tot schadebeperking. Mogen er slechts gevergd worden: *reasonable steps... in the ordinary course of his business* (MAYNE, blz. 147).

Het is b.v. duidelijk dat het nalaten om een beschadigde auto te herstellen, anders moet beoordeeld worden wanneer de eigenaar een garagist is, dan wanneer hij b.v. bankbediende is.

In het algemeen moet rekening gehouden worden met hetgeen redelijk door de benadeelde kon geweten zijn, en door hem kon gedaan worden. Nooit zal aan de benadeelde kunnen verweten worden dat hij verzuimd heeft een maatregel te treffen tot beperking van de schade, wanneer redelijkerwijze van hem niet kon verwacht worden dat hij de mogelijkheid daarvan zou kennen.

Een typisch voorbeeld daarvan wordt geboden door een arrest van het Hof te Leeuwarden.

Na een ongewenste dekking van een jonge vaars door een loslopende stier, liet de eigenaar van de stier gelden dat de benadeelde zich had moeten wenden tot een veearts, teneinde de gevolgen dezer dekking zonder gevaar teniet te doen.

Het Hof oordeelde dat alhoewel op het ogenblik van de feiten, — het gebeurde in 1942, — deze methodes bekend waren, zij nog niet zo algemeen bekend waren dat van een fokker redelijkerwijze mocht verwacht worden dat hij deze zou doen toepassen. Daarom kan zijn verzuim hem niet als eigen schuld aangerekend worden (Hof Leeuwarden, 2 mei 1951, *N.J.*, 1952, 105). Onder invloed van de gewijzigde tijdsomstandigheden kan het verzuim om een veearts te doen ingrijpen, heden in tegengestelde zin beoordeeld worden (Rb. Hasselt, 26 febr. 1979, *R.W.*, 1979-80, 2920 met noot E. DIRIX).

Hetzelfde criterium kan toegepast worden in perszaken. De beledigde persoon kan de schade op afdoende wijze beperken door gebruik te maken van een recht op antwoord (H. CORNIL, *Droit de réponse et journal parlé*, *R.G.A.R.*, 1939, 3133-2).

Maar ook hier moet rekening gehouden worden met zijn persoonlijke toestand. Het is opvallend dat waar van een magistraat niet mag gevraagd worden dat hij zijn eer zou verdedigen door gebruik te maken van een recht op antwoord, integendeel een volksvertegenwoordiger normaal gesproken, dergelijk middel moet aanwenden. Ten aanzien van de concrete omstandigheden zal eventueel het nalaten van dit gepaste middel tot schadebeperking als eigen schuld kunnen aangerekend worden wanneer de beledigde nadien schadeloosstelling vordert onder een vorm die voor de aansprakelijke zwaarder valt (zie ook verder, nr. 1219 e.v.).

470 Ten slotte kan aan de benadeelde nooit als eigen schuld ten aanzien van de omvang van de schade, aangerekend worden dat hij niet het goedkoopste herstel heeft gekozen, op voorwaarde nochtans dat hij redelijk handelde.

Zo kan de rechter, naargelang de feitelijke omstandigheden, kostenverhogende factoren in overweging nemen. Deze factoren zullen slechts voor kritiek vatbaar zijn in de mate dat zij het gevolg zijn van kennelijk onredelijke of foutieve toestanden (Pol. Hasselt, 22 febr. 1980, *R.G.A.R.*, 1981, 10.331).

Het vraagstuk werd reeds aangeraakt bij de bespreking van de grondregelen van de schadeloosstelling.

De benadeelde heeft recht op volledige vergoeding van hetgeen concreet als schade geleden werd, en niet, wat in andere gevallen normaal door een doorsnee-slachtoffer als nadeel zou zijn geleden (zie boven, nr. 244 e.v.). Hij moet zich dus niet tot normale of doorsnee-kosten van herstel beperken, maar hij mag integendeel een juist passend herstel vragen.

Er werd ook reeds aangestipt dat waar een bepaalde herstelvorm eventueel zwaarder kan vallen voor

de benadeelde, die niettemin door de benadeelde kan gevorderd worden, indien hij voor deze juist passende schadeloosstelling een rechtmatig belang kan laten gelden, dat opweegt tegen het, voor de aansprakelijke hieraan verbonden nadeel (zie boven, nr. 293).

De benadeelde is er dus geenszins toe verplicht de voor de aansprakelijke minst zware herstelvorm te kiezen. Waar de rechter het meest passende herstel mag kiezen, met inachtneming van de belangen van de partijen, met voorkeur voor die van het slachtoffer (zie boven, nr. 294), mag de benadeelde vanzelfsprekend, ook vóór het vonnis op dezelfde wijze handelen. Hij mag tot een juist passend herstel overgaan, en is geenszins verplicht het goedkoopste te kiezen.

Aldus b.v. moet de gekwetste helemaal niet de minste kostelijke behandeling kiezen, maar mag hij integendeel, volgens rang en stand, een vergoeding voor een normale behandeling eisen (*vgl. J.* BRAUD, *L'évaluation des dommages-intérêts en matière d'accidents corporels de droit commun, J.C.P.*, 1956, I, 1275).

Verder zullen de toepassingen in verband met de keuze van een geneesheer, kliniek e.d.m. besproken worden (zie verder, nr. 1085 e.v.).

Op een zeer kies probleem moet verder ook, bij de behandeling van de zakenschade teruggekomen worden, nl. of de herstelling van een verongelukte wagen redelijk kan geëist worden, wanneer zij de verkoopswaarde van de wagen vóór het schadegeval, overtreft (zie verder, nr. 1248 e.v.).

471 Tot nog toe werd de mogelijkheid besproken waarin de benadeelde schuldig stilzit door de omvang van de veroorzaakte schade niet redelijk te beperken.

De vraag kon ook gesteld worden of hij niet gehouden is om de schade te voorkomen.

Uit de mogelijke verhaalbaarheid tegen de aansprakelijke, van de daartoe gedane kosten kan niet besloten worden tot een verplichting tot het nemen van dergelijke maatregelen. Ook waar een verplichting tot beperking van de schade erkend wordt, reikt de verhaalbaarheid van de kosten immers verder, dan de verplichting zelf om de schade te beperken (zie verder, nr. 475).

Luidens artikel 17 van de Verzekeringswet bestaat niet alleen een verplichting om de schade te beperken, maar ook om haar te voorkomen (zie boven, nr. 462; zie tevens Cass., 22 jan. 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 607; *Pas.*, 1976, I, 583; *R.W.*, 1975-76, 2619).

Ook in § 254 B.G.B. worden maatregelen vereist tot het afwenden van de schade en niet alleen van het verminderen van haar omvang.

Een algemene positieve verplichting daartoe wordt, weliswaar terloops, ook in het schadevergoedingsrecht weleens voorgehouden (LALOU, nr. 335, blz. 235).

De principes zijn hier dezelfde. Evenmin als ten aanzien van het beperken der schade (zie boven, nr. 464), bestaat er geen algemene positieve verplichting om de schade te voorkomen die door andermans onrechtmatige daad zou kunnen veroorzaakt worden.

Alleen in welbepaalde gevallen kan ten aanzien van de feiten aangenomen worden dat de benadeelde tekortkwam ten opzichte van de normale vooruitzichten en de voorzorg, waarvan een ander redelijke mens in dezelfde omstandigheden zou blijk gegeven hebben, in zijn eigen belang of veiligheid, tot het voorkomen van nadelen waarmede hij door andermans toedoen bedreigd was.

In dat geval zou dit stilzitten aan de benadeelde als eigen schuld kunnen aangerekend worden, en tot verdeling van de aansprakelijkheid tussen de aansprakelijke en zijn slachtoffer aanleiding geven.

Aldus oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt dat een eigenaar, die op de hoogte was of kon zijn van een vroegtijdige en ongewenste bevruchting van zijn vaarzen, het nodige had moeten doen om de gebeurlijke dracht van een te vroeg gedekt vaarskalf te vermijden. De schade door de dracht, veroorzaakt aan de nog onrijpe dieren had geheel of minstens ten dele kunnen vermeden worden (Rb. Hasselt, 26 febr. 1979, *R.W.*, 1979-80, 2920 met noot E. DIRIX).

472.1 Op dit gebied moet men zich angstvallig hoeden voor onverantwoorde veralgemeningen uit zeer concrete gevallen waarin eigen schuld van de benadeelde mocht vastgesteld worden. Zij blijven steeds bijzondere oplossingen van eigenaardige gevallen.

Enerzijds kan b.v. geoordeeld worden dat de eigenaar van een zaak er zelf toe gehouden was deze te bewaken en in goede staat te bewaren, zodat zij aan de geburen geen schade zou toebrengen. Op de benadeelde rustte geen verplichting om de eigenaar te verwittigen nopens de slechte staat van zijn huis en nog veel minder, om aan die toestand te verhelpen (Brussel, 23 sept. 1950, *R.G.A.R.*, 1951, 4736).

Maar in een ander geval kon even terecht, ten aanzien van de omstandigheden gevonnist worden dat de pachter een schuldig stilzwijgen bewaard heeft nopens de toestand van het door hem bewoonde gebouw, terwijl de eigenaar deze toestand niet kon kennen, of minstens niet op dezelfde wijze als zijn pachter die het goed betrok. Daarom kon het schuldige stilzwijgen van de pachter als de oorzaak beschouwd worden van de schade, door de instorting teweeggebracht, met uitsluiting van de aansprakelijkheid van de eigenaar van het gebouw (Brussel, 8 mei 1941, *R.G.A.R.*, 1942, 3651).

Uit het feit dat een motorrijder, slachtoffer van een ongeval, geen helm droeg, k a n , in bijzondere gevallen tot de gedeeltelijke aansprakelijkheid van het slachtoffer besloten worden, omdat hij deze maatregel niet getroffen had tot het voorkomen van schade of grotere schade (zie b.v. Brussel, 12 april 1951, *R.W.*, 1951-52, 1128; Luik, 6 dec. 1973, *J.Liège*, 1973-74, 161).

Een analoge toepassing maakte de Correctionele Rechtbank te Doornik. Deze Rechtbank oordeelde dat een passagier in een voertuig, als slachtoffer van een ongeval gedeeltelijk aansprakelijk diende te worden gesteld, omdat hij de veiligheidsgordel niet had gedragen. De Rechtbank stelde immers dat de passagier, evenals de bestuurder, de verplichting had alle maatregelen te nemen om de schade geheel of gedeeltelijk te voorkomen (Corr. Doornik, 15 oktober 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9589; zie nochtans: Brussel, 20 jan. 1979, *R.W.*, 1978-79, 2454).

Het vonnis van de Correctionele Rechtbank van Doornik poneert echter wel een algemeen principe, dat, zoals hoger reeds gesteld, als té verregaand dient te worden afgewezen.

Bij onderstelling immers, is het ongeval veroorzaakt door de aansprakelijke. Het slachtoffer mocht er op rekenen dat de andere weggebruiker te zijnen opzichte rechtmatig zou handelen. Alleen daar, waar het b.v. ook een grote snelheid ontwikkelde, grote afstanden moest afleggen, en aldus aan een groter risico blootgesteld was, kan geoordeeld worden, dat het in zijn eigen veiligheid schuldig naliet, de passende maatregelen te treffen tot voorkoming van schade of ernstige schade.

Er werd aldus ook geoordeeld dat de schade door onrechtmatig beslag tot tenuitvoerlegging en verkoping, redelijk had moeten voorkomen worden door de benadeelde, door een kort geding. Het nalaten daarvan werd als een schuldige nalatigheid beoordeeld, waarmede bij de begroting van de schadeloosstelling rekening gehouden werd (Rb. Gent, 10 juni 1896, *Pas.*, 1896, III, 344).

Maar aan de andere kant oordeelde het Hof van Cassatie in een verwant geval dat werkelijk schuld moet vastgesteld worden in de keuze van een rechtspleging, die, door de aangesprokene als minder geschikt, want nadeliger voor hem, gegist werd.

De persoon, aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door het verlijden van een nietige akte, wordt van

zijn aansprakelijkheid niet ontlast doordat de benadeelde er zich van onthield de nietigheid van de akte te doen uitspreken, wanneer het vaststaat dat deze persoon niet verplicht was dit te doen en derhalve het nalaten daarvan niet schuldig was. Inderdaad, tussen verschillende mogelijke rechtsplegingen, mag de zekerste en meest doeltreffende gekozen worden (Cass., 6 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 157, met noot L.S. en conclusie JANSSENS DE BISTHOVEN, *R.Crit.J.B.*, 1947, 181, met noot VAN HECKE).

472.2 Waar de benadeelde in bepaalde gevallen, volkomen terecht, de einduitspraak kan afwachten vooraleer tot herstel van de schade over te gaan, kan anderzijds, onder andere omstandigheden, even terecht, geoordeeld worden dat het een daad van een goed huisvader kan zijn herstellingen uit te voeren, hoewel de aansprakelijkheid en het bedrag van de schadevergoeding nog betwist zijn. De niet-uitvoerbaarheid bij voorraad van de veroordeling van de verweerders tot betaling van de herstellingskosten, belet eisende partij niet, tijdig de nodige herstellingen te laten uitvoeren om die kosten te beperken (Cass., 12 maart 1980, 3de onderdeel, *onuitg.; R.W.*, 1980-81, 521).

In analoge zin werd geoordeeld dat de schadelijder ten onrechte had nagelaten de nodige herstellingen te laten verrichten, toen hij twee jaar eerder over voldoende bestaansmiddelen beschikte om die herstellingen voor minder kosten te laten uitvoeren (Mons, 9 maart 1976, *Verz.*, 1977, 93).

§ 2. Gevolgen

A. VERDELING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID NA SCHULDIG VERZUIM

473 Wanneer aan de benadeelde kan verweten worden dat hij de schade niet beperkt heeft, is hij nalatig geweest in het behartigen van zijn eigen belangen, en zal zijn stilzitten hem als eigen schuld aangerekend worden (zie boven, nr. 464).

Dit leidt tot verdeling van de aansprakelijkheid tussen de betrokken partijen, en geenszins tot een bijzondere aansprakelijkheid tegenover de dader van de onrechtmatige daad.

Hieruit volgt dat, zoals opgemerkt werd, de aangesprokene, waar hij het schuldig verzuim van de benadeelde wil aanvoeren, geen wedereis moet instellen met het oog op de gerechtelijke schuldvergelijking.

De aansprakelijkheid wordt tussen de partijen verdeeld naarmate van hun toedoen (zie boven, nr. 271). M.a.w. de vermeerdering van de schade die aan het schuldig verzuim van de benadeelde te wijten is, blijft voor zijn rekening, en kan niet tegen de aansprakelijke verhaald worden (*vgl.* conclusie HAYOIT DE TERMICOURT, voor Cass., 8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 575).

B. VERHAALBAARHEID VAN DE KOSTEN VAN SCHADEBEPERKING EN VAN DE DAARUIT ONTSTANE GROTERE SCHADE

474 Nopens de verhaalbaarheid van de kosten van schadebeperking bestaat nagenoeg geen betwisting.

Waar artikel 17 der Verzekeringswet het beginsel van een positieve verplichting tot beperking van de schade huldigt, bepaalt het bovendien, dat al de kosten, die daartoe gedaan zijn, ook al zijn de aangewende pogingen vruchteloos gebleven, ten laste zijn van de verzekeraar (zie boven, nr. 462). Dit is ook de oplossing in het recht van de naburige landen waar een dergelijke positieve verplich-

ting van schadebeperking erkend wordt (*vgl.* BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 40; zie ook art. 6.1.9.2 nieuw N.B.W.).

Ook al kan het bestaan van een dergelijke algemene verplichting niet aanvaard worden, toch moet zonder bezwaar vastgesteld worden dat alle kosten veroorzaakt door redelijke pogingen om de schade te beperken, op de aansprakelijke verhaalbaar zijn, afgezien van het resultaat der aangewende pogingen.

Dit is immers de keerzijde van het redelijke optreden dat *in concreto* van de benadeelde zou kunnen verwacht worden.

Het kan niet betwist worden dat de schade ontstaan door de pogingen om het gevaar te ontkomen of om de omvang der ontstane schade te beperken, in oorzakelijk verband staat met de onrechtmatige daad (*vgl.* MAASDORP, IV, blz. 42; VON THUR, I, § 14, VI, blz. 94; ASSER-RUTTEN, blz. 527 e.v.).

In overeenstemming met art. 17 der Verzekeringswet, oordeelde het Hof van Cassatie dat de kosten die de verzekerde maakt om schade te voorkomen of te beperken, ten laste zijn van de verzekeraar, behalve indien zij, geheel of gedeeltelijk, op onbedachtzame wijze werden gemaakt (Cass., 22 jan. 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 607; *Pas.*, 1976, I, 583; *R.W.*, 1975-76, 2619).

De feiten, welke aan de grondslag van dit arrest lagen, waren de volgende: De spankabels van een TV-antenne, welke een verzekerde onder zijn bewaring had, waren onder druk van de wind afgebroken. De antenne was aldus op naburige antennes terechtgekomen, zodat gevaar voor schade aan eigendommen en personen werd veroorzaakt. De verzekerde liet deze naburige antennes onverwijld herstellen om verdere schade te voorkomen.

Het feit dat geen verdere schade werd geleden, belet niet, aldus het Hof, dat de verzekerde terugbetaling van de door hem gemaakte kosten kan vorderen.

475 De uitslag van de pogingen tot beperking van de schade is helemaal niet bepalend, mits de benadeelde redelijk handelde, d.w.z., dat er een redelijke kans op succes bestond bij het treffen van de door hem genomen maatregel (*vgl.* DORHOUT MEES, blz. 397 e.v.; BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 41).

Het werd zeer juist opgemerkt ,,das Recht auf Ersatz der Kosten der Abwehrsmassnahmen geht weiter als die Pflicht zu ihrer Vornahme'' (OFTINGER, I, § 7, II, A, blz. 203; in dezelfe zin VON THUR, I, § 14, VI, blz. 94).

476 Ook de meerdere schade die uit de redelijke maatregelen van de benadeelde kan voortspruiten, is ten laste van de aansprakelijke (DEMOGUE, V, nr. 464, blz. 129; WOLFSBERGEN, blz. 28 en blz. 219 e.v.; VON THUR, I, § 14, VI, blz. 94; BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* nr. 277, blz. 399; BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 41).

Het principe werd door MAYNE duidelijk samengevat, als volgt: ,,Steps reasonably taken by a plaintiff to mitigate damages may have the effect of increasing the injury to him. The plaintiff does not act at his peril nor is he required to show perfect knowledge or ideal wisdom. If he acts reasonably he can recover from the defendant his increased loss' (MAYNE, blz. 149).

Een toepassing daarvan biedt het overlijden onder narcose van het slachtoffer dat, tot beperking van de schadelijke gevolgen van een onrechtmatige daad, een heelkundige bewerking ondergaat (zie verder, nr. 482).

477 Wat de redelijke kosten tot voorkoming van de schade betreft, zou, ten aanzien van de principes, bezwaarlijk enige betwisting kunnen ontstaan.

Er wordt inderdaad terecht voorgehouden dat dergelijke kosten, na het schadegeval, op de aansprakelijke verhaalbaar zijn (BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 41).

AFDELING III

BIJZONDERE TOEPASSINGSGEVALLEN

§ 1. Geneeskundige behandelingen en heelkundige bewerkingen, tot beperking van de schade

478 De vraag luidt als volgt: een onrechtmatige daad heeft bij het slachtoffer ontsiering of een blijvende invaliditeit van een bepaalde graad veroorzaakt; de aangesprokene voert aan dat deze ontsiering of deze invaliditeit zou kunnen verminderd worden, door een aangepaste geneeskundige behandeling, waaraan het slachtoffer zich zou moeten onderwerpen; mag van het slachtoffer gevraagd worden dat het zulks zou doen; m.a.w., wanneer is er eigen schuld aan de kant van het slachtoffer bij deze weigering?

In de Duitse en Zwitserse rechtsleer, waar een algemene positieve verplichting van schadebeperking erkend wordt (zie boven, nr. 461), spreekt men in dit verband van *Operationspflicht des Verletzten* (VON THUR, I, § 14, V, blz. 94).

Ook buiten het gebied van de schadeloosstelling na onrechtmatige daad werd dezelfde vraag gesteld, b.v. ter zake van schadeloosstelling na arbeidsongeval (zie DELARUWIÈRE/NAMÈCHE, *La réparation des dommages résultant des accidents du travail,* nr. 81, blz. 140 e.v.; VAN DE VELDEN/SCHAMP, *Arbeidsongevallen Privé-sektor,* blz. 105 e.v.).

479 Hieromtrent tenminste bestaat er niet de minste betwisting, dat het slachtoffer niet kan gedwongen worden om zich aan een of andere geneeskundige behandeling te onderwerpen (Brussel, 11 jan. 1963, *Pas.*, 1963, II, 103; Rb. Brussel, 13 febr. 1959, *R.W.*, 1959-60, 1454; *R.G.A.R.*, 1963, 7121; *Bull.Ass.*, 1960, 822 met noot M.G.). Het algemeen principe van de persoonlijke vrijheid waarvan o.m. in artikel 1142 B.W. een toepassing gemaakt wordt, verzet zich hiertegen.

Er werd reeds opgemerkt dat de aansprakelijke niet kan gedwongen worden tot het uitvoeren van een persoonlijke prestatie met inzet van zijn zedelijke of geestelijke vermogens, of opheffing van zijn persoonlijke vrijheid. Toch kan hij tot het uitvoeren daarvan veroordeeld worden, terwijl alleen de gedwongen tenuitvoerlegging door artikel 1142 B.W. verboden was en daarom door een andere schadeloosstelling vervangen (zie boven, nr. 288).

Hier echter is de veroordeling zelf niet denkbaar. De normale mens beschikt over de meest volstrekte vrijheid betreffende de zorgen die hij aan zijn eigen lichaam wenst te geven of te laten geven. Deze vrijheid is dus veel groter dan diegene die door artikel

1142 B.W. aan de schuldenaar gelaten wordt. De enige denkbare sanctie van een schuldige weigering om een aangepaste behandeling te ondergaan, blijft derhalve het aanrekenen daarvan als eigen schuld, en dienvolgens de vermindering van het bedrag van de schadeloosstelling waartoe de aangesprokene zal veroordeeld worden (zie wat het principe betreft boven, nr. 473; zie ook DALCQ, II, nr. 3822; E. DIRIX, *De schadebeperkingsplicht van de benadeelde,* noot onder Rb. Hasselt, 26 febr. 1979, *R.W.*, 1979-80, 2926; Luik, 2 april 1963, *Bull.Ass.*, 1964, 934).

480 Soms wordt echter op min of meer volstrekte wijze voorgehouden dat op geen enkele wijze druk mag uitgeoefend worden op het slachtoffer opdat het een behandeling zou ondergaan (in die zin J. DESTRÉE, *Calcul et évaluation des dommages-intérêts aux victimes d'accident,* 1902, nr. 257, blz. 94; *vgl.* P.J. DOLL, *Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, J.C.P.*, 1970, *Dall.*, 2351).

Een gedeelte van de Belgische rechtspraak bleek hierin zeer terughoudend te zijn.

De Correctionele Rechtbank te Bergen oordeelde aldus:

„Attendu, en fait, que le médecin légiste s'est borné à conclure à la possibilité d'une amélioration et non d'une guérison et encore en formulant cette réserve que cette opération comme toute autre est *aléatoire* en ses résultats; qu'en droit, bien que la question soit controversée, il paraît contraire au principe de la liberté individuelle d'obliger une personne à se soumettre à une médication spéciale où à une opération-chirurgicale à prétexte d'atténuer les conséquences dommageables à la faute d'un tiers; qu'il est dû respect aux répugnances d'ordre personnel, aux craintes intimes de souffrances nouvelles, d'inquiètudes et de danger pour l'observation d'un remède qui d'ailleurs, quelqu'excellent qu'il paraisse, reste toujours incertain dans ses résultats et ce à seule fin de tenter les chances de minimisation d'un dommage attribuable à autrui" (Corr. Bergen, 7 maart 1934, *R.G.A.R.*, 1934, 1541).

Een andere maal werd er gevonnist:

„Attendu qu'une intervention chirurgicale serait de nature à atténuer ce préjudice sans pour cela le faire disparaître complètement;

Attendu que bien qu'une telle intervention soit en général considérée comme présentant un caractère bénin, la partie civile s'est refusée jusqu'à ce jour de s'y soumettre, pour des raisons parfaitement légitimes;

Attendu que la partie civile est incontestablement en droit d'opposer un tel refus et que ce refus n'est pas susceptible de faire supprimer ou même de réduire la juste réparation que la partie civile est en droit d'escompter pour le dommage qu'elle a subi" (Corr. Bergen, 24 maart 1955, *J.T.*, 1955, 682).

De Rechtbank te Brussel weigerde eveneens, met de mogelijke verbetering door heelkundig ingrijpen rekening te houden op grond van de volgende beschouwingen:

„Attendu qu'il échet à cet égard d'adopter le taux de douze pour cent proposé par les experts;

Qu'il importe peu que ce degré d'incapacité soit susceptible d'être réduit par l'effet d'une opération chirurgicale;

Qu'il ne s'agit point là d'une certitude mais d'une simple probabilité dont le tribunal ne doit pas tenir compte;

Qu'on ne peut contraindre la victime d'un accident, sous la sanction d'une réduction des dommages et intérêts auxquels elle a droit, à se soumettre à une intervention chirurgicale dont les résultats sont aléatoires et qui peut même avoir pour résultat une aggravation du mal" (Rb. Brussel, 2 febr. 1936, *R.G.A.R.*, 1936, 2191).

481 Toch kan ten aanzien van de principes wel geoordeeld worden, dat, in bepaalde voorwaarden, van het slachtoffer mag gevraagd worden dat het zich aan een aangepaste behandeling zou onderwerpen, daar de weigering daartoe schuldig zou zijn (MAZEAUD, II, 1970, nr. 1474-2, blz. 590 e.v.; LALOU, *Responsabilité civile,* (1943), nr. 336, 236; ENNECCERUS-LEHMANN, § 16, I, 3, blz. 73; OFTINGER, I, § 6, III, c, blz. 151; GUHL, *Obligationenrecht,* § 10, V, I, b, blz. 75; VON THUR, I, § 14, V, blz. 94; G.J. DE GROOT, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 375).

Men zal op dit gebied echter buitengewoon omzichtig moeten zijn.

Het ingrijpen in de lichamelijke integriteit is een zo persoonlijke aangelegenheid dat het vermogensbelang van de aangesprokene hiertegen slechts kan opwegen, in de zeldzame gevallen waar, klaarblijkelijk, de weigering van het slachtoffer als kennelijk schuldig kan beschouwd worden.

Dit principe, waarover in de Franse rechtspraak wel eens betwisting bestond, werd door het Franse Hof van Cassatie afgewezen in een arrest, waarin het Hof fundamenteel oordeelde: ,,Que, d'autre part, les juges sont sans pouvoir pour imposer à la victime une opération à laquelle celle-ci refuse de se prêter; qu'ils ne sauraient, dès lors, en se fondant sur ce refus, modérer les dommages-intérêts accordés, sans violer le principe selon lequel le préjudice souffert par la victime doit être intégralement réparé'' (Cass.fr., crim., 3 juli 1969, *J.C.P.,* 1970, II, 16.447 met noot SAVATIER; *Gaz.Pal.,* 1969, 2, 141).

Sinds dit arrest van 3 juli 1969 blijkt de rechtspraak van de Chambre Criminelle van het Franse Hof van Cassatie een evolutie te hebben ondergaan. Aldus oordeelde het Franse Hof dat een arrest diende te worden vernietigd, indien het stelt dat het zonder belang is na te gaan of het slachtoffer, door het weigeren van een bloedtransfusie, een fout heeft begaan die met zijn overlijden in oorzakelijk verband staat (Cass.fr., crim., 30 okt. 1974, *Rec.Dall.,* 1975, 178 met noot SAVATIER; *J.C.P.,* 1975, II, 18.038 met noot MURGEON; *R.G.A.R.,* 1976, 9660).

Het Hof van Beroep te Lyon, dat na cassatie deze zaak diende te behandelen, oordeelde, in overeenstemming met het hoger omschreven standpunt dat de eigen schuld van het slachtoffer een vermindering van het bedrag der schadeloosstelling kan meebrengen, als volgt: ,,Attendu qu'en refusant l'application, selon des techniques éprouvées, de soins adéquats ne présentant aucun risque anormal et dont l'innocuité est admise d'une manière générale par la science moderne à l'exception de rares contre-indications dont la partie civile n'établit pas qu'elles puissent concerner son mari défunt la victime s'est privée volontairement d'importantes chances de survie ainsi que le practicien l'a rappelé; que dans ces conditions, elle a commis une faute qui a concouru directement à la réalisation du dommage et qui entraîne à sa charge une part de responsabilité que la cour fixe au tiers'' (Lyon, 6 juni 1975, *Rec.Dall.,* 1976, 415 met noot SAVATIER; *R.G.A.R.,* 1977, 9759).

In de rechtsleer en de rechtspraak waarin ten aanzien van de feiten een *Operationspflicht* erkend wordt, is men nagenoeg eensgezind nopens dezelfde criteria.

Ze betreffen de aard der behandeling, haar kans op succes en de financiële mogelijkheid voor het slachtoffer om zich tot de voorgestelde behandeling te lenen.

482 Betreffende de aard van de behandeling zal vooreerst een bewering van de aangesprokene nooit volstaan, hoe waarschijnlijk zij ook mag voorkomen.

De voorzichtigheid die in dergelijke aangelegenheden geboden is, vereist altijd een deskundige voorlichting van de rechtbank (Corr. Luik, 25 april 1947, *R.G.A.R.,* 1948, 4306; B.G.E., 81, II, 515).

Dit deskundig onderzoek zal meestal terzelfder tijd kunnen gedaan worden als datgene waardoor de invaliditeit wordt begroot.

De opdracht van de deskundige zal dan best de hierna vermelde criteria aanduiden, teneinde een degelijke voorlichting te bekomen.

Deze vereisten, waaromtrent eensgezindheid bestaat, en die, overigens, ten aanzien van het principe van de persoonlijke vrijheid streng zullen moeten beoordeeld worden, zijn de volgende:

1) Afwezigheid van gevaar, aan het heelkundig ingrijpen of aan de behandeling verbonden (zie Luik, 18 okt. 1963, *R.G.A.R.*, 1963, 7164; Vred. Antwerpen, 1e K., 4 nov. 1970, *Verz.*, 1971, 29 met noot V.H.; *R.G.A.R.*, 1971, 8697; *vgl.* Arbh. Luik, 22 maart 1972, *Verz.*, 1973, 64 met noot V.H.; Arbh. Brussel, 7 febr. 1973, *Verz.*, 1973, 537; Rb. Brussel, 7 juni 1961, *Bull.Ass.*, 1962, 633 met noot R.V.G.).

Dit vereiste is vanzelfsprekend buitengewoon streng op te vatten. Daarom moeten van de deskundige zeer nauwkeurige gegevens gevergd worden.

Zodra enig ernstig gevaar aan de behandeling verbonden is, is de weigering van het slachtoffer niet vatbaar voor betwisting (Scheidsr. besliss., 25 april 1949, *Bull.Ass.*, 1949, 344; Luik, 23 okt. 1964, *Pas.*, 1964, II, 242; *R.G.A.R.*, 1965, 7474; Cass.fr., 13 jan. 1966, *Gaz.Pal.*, 1966, I, 375; Trib.Gr. Instance Laval, 13 febr. 1967, *Rec.Dall.*, 1968, 39 met noot M. LE ROY).

2) De behandeling mag niet al te pijnlijk zijn;

Ook hierbij is omzichtigheid geboden. Als criterium wordt voorgesteld, dat, van het slachtoffer niet gevraagd kan worden een behandeling te ondergaan waarvoor een normaal mens zou terugschrikken (MAZEAUD, II, 1970, nr. 1474-2, blz. 590 e.v.; *vgl.* Cass.fr., 13 jan. 1966, *Gaz.Pal.*, 1966, I, 375).

In die zin werd gevonnist, dat aan de getroffene niet kan verweten worden dat hij zich niet aan een nieuw heelkundig ingrijpen onderwierp, nadat hij reeds verschillende operaties had doorstaan (Luik, 12 okt. 1932, *Pas.*, 1935, II, 21).

3) Een zeer hoge graad van waarschijnlijkheid nopens de verwachte verbetering;

Zodra de uitslag enigszins aleatoir voorkomt, mag van het slachtoffer niets geëist worden (Rb. Brussel, 2 febr. 1936, *R.G.A.R.*, 1936, 2191).

Andersom zal het slachtoffer niet mogen weigeren zijn invaliditeit te verminderen door een aangepaste normale prothese, waardoor als het ware, de schade *in natura*, beperkt wordt (*vgl.* Rb. Antwerpen, 23 febr. 1955, *Bull.Ass.*, 1955, 723).

4) De kosten van de behandeling moeten voorgeschoten worden door de aansprakelijke. Daarom dient de deskundige een voorlopige schatting van deze kosten te doen in zijn verslag (*vgl.* G.J. DE GROOT, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 375).

De rechtbank zal derhalve steeds een provisionele vergoeding toekennen in afwachting van de beslissing van het slachtoffer en de uitslag van het heelkundig ingrijpen waaraan het zich zal willen onderwerpen (Corr. Luik, 25 april 1947, *R.G.A.R.*, 1948, 4306).

Indien het slachtoffer reeds te kennen gaf dat het bereid is om de, door de deskundige voorgestelde behandeling te ondergaan, kan de aansprakelijke van meet af aan tot al de kosten daarvan veroordeeld worden, verhaalbaar op vertoon van de kwijtschriften (*vgl.* B.G.E., 81, II, 515).

Er werd omgekeerd geoordeeld dat de aansprakelijke te laat liet gelden dat de gevolgen van de invaliditeit konden beperkt worden door een heelkundige bewerking, nadat hij nagelaten had tijdig, zij het onder alle voorbehoud nopens zijn aansprakelijkheid, aanbod te doen om de kosten daarvan voor te schieten (Corr. Charleroi, 11 febr. 1933, *R.G.A.R.*, 1933, 1191). Deze stelling blijkt echter te absoluut. De aangesprokene kan inderdaad vóór het gerechtelijk instellen van de eis, onwetend zijn nopens de werkelijke bestanddelen van de schade, terwijl aan de andere kant een deskundige voorlichting meestal vereist is. Dit aanbod kan derhalve nuttig gedaan worden tijdens de debatten (*vgl.* Corr. Brussel, 18 mei 1935, *R.G.A.R.*, 1935, 1954).

5) Alle nieuwe schadelijke gevolgen van de geneeskundige behandeling moeten door de aansprakelijke vergoed worden (*vgl.* BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 41, en DE GROOT, nr. 375; Cass., 17 sept. 1964, *Pas.*, 1965, I, 60; *R.G.A.R.*, 1965, 7460; Arbh. Luik, 3 mei 1972, *Verz.*, 1973, 69).

Dit is het geval met pijn en smart van de heelkundige bewerking: de volledige werkonbekwaamheid tijdens de verpleging; gebeurlijk zelfs, het overlijden van het slachtoffer tengevolge van het heelkundig ingrijpen (*vgl.* OFTINGER, I, § 6, III, c, blz. 151).

Dit is ook het geval, wanneer de invaliditeit tengevolge van een mislukt ingrijpen zou vergroot zijn (WOLFSBERGEN, blz. 28 en blz. 219 e.v.); of nog waar het slachtoffer onder de narcose bezwijkt (Cass.fr., 10 juli 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 7272, met noot G. CORNU).

Weliswaar zou het vergroten van de schade niet ten laste van de dader kunnen gelegd worden, indien zij klaarblijkelijk te wijten is aan een verkeerde behandeling, waarvoor de geneesheer instaat (Rb. Brussel, 23 jan. 1935, *R.G.A.R.*, 1935, 1827). De bewijslast van dergelijke aanvoering rust op de aansprakelijke (Rb. Dendermonde, 21 jan. 1927, *R.G.A.R.*, 1932, 880).

In geval van ernstige betwisting van dien aard, zal het geraadzaam voorkomen de behandelende geneesheer tot gedwongen tussenkomst te dagvaarden.

Aan al deze vereisten samen zal moeten voldaan zijn (*vgl.* MAZEAUD, II, 1970, nr. 1474-2, blz. 591; MAZEAUD, *Chr.*, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1955, blz. 313, nr. 30; LALOU, nr. 336, blz. 236; VON THUR, I, § 14, V, blz. 94; OFTINGER, I, § 6, III, c, blz. 151; GUHL, § 10, V, I, b, blz. 75; ENNECCERUS-LEHMANN, § 16, I, 3, blz. 73; in die zin ook de naoorlogse rechtspraak van het Duitse Bundesgerichtshof, B.G.H.Z., 10, 18, aang. naar HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung*, *Arch.Civ. Prax.*, dl. 155 (1956), blz. 110, voetnoot 101; J. ESSER, *Schuldrecht*, I, 1970, § 47, blz. 332 e.v.).

483 Zoals boven reeds vermeld werd, kan het slachtoffer niet gedwongen worden om de door de deskundige voorgestelde behandeling te ondergaan.

De enige sanctie van zijn schuldige weigering is van een andere aard: het gedeelte van de grotere schade die hierdoor blijft bestaan zal te zijnen laste vallen. Indien b.v. een invaliditeit van 20 t.h. zou kunnen verminderd worden op 5 t.h. door een behandeling die aan bovenvermelde criteria voldoet, zal de schadeloosstelling berekend worden op grond van 5 t.h., met toevoeging van de normale kosten voor de behandeling.

§ 2. Andere toepassingsgevallen

484 Het lijkt wel onmogelijk alle hypotheses vooraf onder ogen te nemen waarop de in dit hoofdstuk besproken principes toepassing zouden kunnen vinden.

Er dient slecht aan herinnerd te worden dat alleen de eigen schuld van de benadeelde, waar zij bewezen is, hierbij een rol kan spelen en dat zij ten aanzien van de bijzondere omstandigheden van het behandelde geschil, zorgvuldig moet nagegaan worden.

Als illustratie van de verscheidenheid van de toepassingen van het vooropgestelde principe, kan nog verwezen worden naar twee vonnissen, waarin geoordeeld werd dat het slachtoffer de schade dient te beperken door kennelijk overdreven doktershonoraria te betwisten (Corr. Dendermonde, 24 april 1959, *R.G.A.R.*, 1961, 6749 en 6793; Corr. Neufchâteau, 24 okt. 1966, *Bull.Ass.*, 1967, 379 met noot R.P.).

485 Omwille van de samenhang met het hier behandelde leerstuk, blijkt het nuttig te vermelden dat het vraagstuk oprijst of het gekwetste slachtoffer verplicht is om zich na zijn invaliditeit, heraan te passen aan een nieuw beroep en of de weduwe van het gedode slachtoffer verplicht is een winstgevende arbeid aan te vatten.

Deze vragen zullen verder besproken worden (zie nr. 964 e.v. en 1113 e.v.).

Er dient hier slechts herinnerd aan het principe dat waar normale inspanningen van de benadeelde mogen gevergd worden, tot beperking van de schade, wanneer een andere redelijke mens in dezelfde omstandigheden dergelijke maatregelen zou genomen hebben, nooit van de benadeelde een buitengewone inspanning mag gevergd worden, ten einde de omvang van de schadeloosstelling door de aansprakelijke verschuldigd te beperken.

Dit principe zal ook toegepast worden bij de oplossing van het vraagstuk of de voordelen, voortspruitend uit een buitengewone inspanning van de benadeelde, toe te rekenen zijn om de schadeloosstelling te verminderen.

Er zal mogen voorgehouden worden dat alle voordelen, na de onrechtmatige daad ontstaan, die hun oorsprong vinden in buitengewone inspanningen van de benadeelde om aan de nadelige gevolgen van de onrechtmatige daad te verhelpen, niet toe te rekenen zijn.

Voor beide vragen is het criterium hetzelfde: men moet nagaan welke de handelwijze zou geweest zijn van een redelijke mens die zich in dezelfde omstandigheden zou bevonden hebben (DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence, R.Crit.J.B.*, 1949, blz. 92, nr. 90; zie verder, nr. 543 e.v.).

486 Bij de bespreking van de begroting der schadeloosstelling voor zakenschade, zal een nader onderzoek gewijd worden aan de schade ontstaan uit de onbruikbaarheid van een voertuig. Ook daar rijst de vraag op of de benadeelde, in bepaalde omstandigheden, niet kan gehouden zijn tot het treffen van maatregelen, waardoor de duur van deze onbruikbaarheid of de nadelige gevolgen die daaruit kunnen ontstaan zouden beperkt worden (zie verder, nr. 1277 e.v.).

HOOFDSTUK VIII

LATERE GEBEURTENISSEN VAN AARD OM DE WAARSCHIJNLIJKHEID NADER TE BEPALEN VAN WAT GEBEURD ZOU ZIJN ZONDER DE ONRECHTMATIGE DAAD

487 Hiernavolgende paragrafen hebben een reeks uitzonderlijk kiese problemen tot voorwerp. Enkele daarvan werden in de Belgische rechtspraak of rechtsleer behandeld, en een bevredigende oplossing werd ervoor gegeven of voorgesteld.

Betreffende andere betwistingen daarentegen wordt in deze verhandeling slechts een voorlopig standpunt ingenomen.

De hier besproken problemen houden met elkander verband doordat zij verbonden zijn aan het causale en hypothetische karakter van het schadebegrip (zie boven, nr. 22, *in fine).*

Het komt er op aan te bepalen wanneer, en op welke wijze rekening moet gehouden worden met latere gebeurtenissen die van aard zijn de waarschijnlijkheid nader te bepalen van hetgeen gebeurd was, moest de onrechtmatige daad niet verricht zijn.

De schade wordt immers vastgesteld en gewaardeerd door de vergelijking van de door de onrechtmatige daad veroorzaakte toestand, met de toestand die zou gebleven of ontstaan zijn, was de onrechtmatige daad niet verricht (zie boven, nr. 22 en 222).

AFDELING I

LATERE GEBEURTENISSEN WAARDOOR GROTERE ZEKERHEID OMTRENT HET BESTAAN OF DE OMVANG VAN DE SCHADE VERSCHAFT WORDT

488 Er werd reeds uitvoeriger betoogd dat niet alleen de actuele schade voor herstel in aanmerking komt, maar eveneens de schade, waarvan het toekomstige ontstaan, naar redelijke verwachting voldoende zeker is (zie boven, nr. 94 e.v.).

Latere gebeurtenissen, na het oorspronkelijke schadegeval, kunnen de gerechtelijke zekerheid (zie boven, nr. 91) verminderen of vermeerderen, doordat zij nadere gegevens verschaffen nopens de ontwikkeling van de schade of nopens de wijziging in de maatstaven voor haar begroting, of, ten slotte, doordat zij toelaten op meer nauwkeurige wijze de verdere ontwikkeling te voorzien.

Nopens het principe kan bezwaarlijk betwisting ontstaan.

Grotere zekerheid op het ogenblik van de einduitspraak, vervangt de vroegere waarschijnlijkheidsvergissingen.

„Lorsque, entre le moment où le dommage s'est produit et celui où le juge statue, un évènement est apparu qui permet d'en mesurer exactement la portée, il faut écarter les probabilités et s'en tenir à la réalité" (DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence*, *R.Crit.J.B.*, 1949, nr. 87, blz. 91; *vgl.* Cass., 1 april 1943, *Pas.*, 1943, I, 123; Cass., 20 juni 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 1079 met noot; *Pas.*, 1977, I, 1065 met noot; *R.W.*, 1977-78, 2713; *J.T.*, 1978, 84; *Verz.*, 1977, 671; Cass., 15 dec. 1981, *Arr.Cass.*, op datum; *R.W.*, 1982-83, 1241; *R.Dr.Pén.*, 1982, 904; Brussel, 5 maart 1965, *J.T.*, 1965, 349; Gent, 9 nov. 1971, *R.W.*, 1971-72, 1412; *R.G.A.R.*, 1972, 8842 met noot J. FONTEYNE; Kh. Bergen, 2 nov. 1978, *R.G.A.R.*, 1980, 10.208; DURRY, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1967, nr. 3, blz. 817; Cass.fr., 29 okt. 1974, *Dall.*, 1974, I.R., 237; *J.C.P.*, 1974, IV, 405; Poitiers, 7 juni 1966, *Dall.*, 1967, 305 met noot M. LE ROY).

489 De toepassing van dit principe kan in verschillende gevallen vrij gemakkelijk zijn.

Aldus kan de vroegere waarschijnlijkheid van een algemene loons- of weddeverhoging, op de dag van het oorspronkelijke schadegeval, door zekerheid op het tijdstip van de uitspraak vervangen zijn (zie boven, nr. 417).

Aldus kan voor de rechtbank van eerste aanleg een schadepost voorzien zijn voor waarschijnlijke toekomstige kosten van onderhoud en vervanging van kunstledematen, maar zal voor het Hof van Beroep reeds zekerheid verschaft zijn nopens de uitgaven die in werkelijkheid sedert het aangevochten vonnis reeds gedaan werden (zie boven, nr. 373).

Verder nog kan gebleken zijn in de loop van het geding, dat geen schade ontstond uit de nietigheid van een akte, of uit het nalaten door de werkgever, om de afhoudingen en werkgeversbijdragen aan de R.S.Z. af te dragen (*vgl.* boven, nr. 2), of dat na een tijdige en geldige rechtspleging het proces in elk geval zou verloren geweest zijn (zie boven, nr. 105).

Ten slotte wordt nog als voorbeeld vermeld, de voordelige verkoop van een beschadigde zaak, waaruit bleek dat de kansen van een gunstige verkoop niet verminderd waren in die mate als door de deskundige geschat werd (zie boven, nr. 408).

Wanneer de aangevoerde schade bestaat in een ernstige vrees voor de toekomst, kan uit latere gebeurtenissen blijken dat deze vrees ongegrond was.

Nadat ouders hun twee enige kinderen in een ongeval hadden verloren werd terecht aangenomen dat hun extrapatrimoniale schade, bestaande in de vrees voortaan kinderloos te blijven, in aanzienlijke mate beperkt werd door de geboorte van een gezond kind tijdens de loop van het geding (Corr. Luik, 5 nov. 1956, *R.G.A.R.*, 1956, 5831).

490 Gedurende verschillende jaren werd de Belgische rechtspraak gekenmerkt door de betwisting omtrent het al dan niet in aanmerking nemen van het overlijden van de aanspraakgerechtigde vóór de einduitspraak, wanneer de schade moet begroot worden o.m. in verhouding tot zijn vermoedelijke levensduur.

Zoals verder bij de uitvoerigere behandeling van de schadeloosstelling na overlijden of verwonding zal vastgesteld worden, verstrekt een juist inzicht in de gegevens van het probleem — in die mate waarin er een kan bestaan — het antwoord zelf.

De levensverwachting dient slechts dan met behulp van redelijke waarschijnlijkheid geschat te worden voor zover deze duur niet zeker vaststaat.

Het is derhalve klaarblijkelijk dat, wanneer het zeker is dat een persoon gedurende een bepaald tijdsverloop geleefd heeft, bij het vaststellen van die duur geen plaats meer blijft voor een waarschijnlijkheidsberekening (zie hierover verder, nr. 913 e.v.; Brussel, 5 maart 1965, *J.T.*, 1965, 349).

491 Buiten het geval waar de aanspraakgerechtigde overleden is in de loop van het geding, en dus zekerheid verschaft is nopens de levensduur tijdens dewelke zijn schade zich uitgestrekt heeft, zal de redelijke levensverwachting begroot worden met aanwending van de levensduurtabellen. Deze waar-

schijnlijkheid moet hier eveneens beoordeeld worden naar het tijdstip van de einduitspraak.

M.a.w. alle sterftekansen die op dat ogenblik reeds zeker uitgesloten zijn worden niet meer in aanmerking genomen.

De overblijvende levensverwachting is diegene die beantwoordt aan de leeftijd van de aanspraakmakende persoon op het ogenblik van de einduitspraak, met dien verstande dat, voor het verleden, tussen het oorspronkelijke schadegeval en het tijdstip van de einduitspraak, een voorafgaandelijke begroting van de reeds geleden schade zou geschieden.

Bij de uitvoerige bespreking van de schadeloosstelling na verwonding zal dit principe verklaard en toegepast worden (zie verder, nr. 904 e.v.).

492 Meer dan eens zal in de praktijk een juiste oplossing kunnen verantwoord worden niet alleen met beroep op de hier besproken regel: verschafte zekerheid vervangt vroegere waarschijnlijkheid. De oplossing van de betwisting kan dikwijls nog van uit een ander standpunt benaderd worden, nl. dit van het al dan niet in aanmerking nemen van latere schadegevallen die, als het ware, het eerste inhalen.

Aldus b.v. kan evengoed gezegd worden, zoals verder zal blijken, dat het overlijden van het slachtoffer vóór de einduitspraak, tengevolge van een vreemde oorzaak, dit is dus nieuwe schade, aan de vroegere, doorlopende schade een einde stelt.

Een typische illustratie hiervan biedt een arrest van het Hof te Luik.

Een persoon was in 1942 door de schuld van de aangesprokene verwond, met blijvende invaliditeit.

Na de bevrijding, en vóór de einduitspraak over zijn eis tot schadeloosstelling, was het slachtoffer veroordeeld wegens inbreuk op de veiligheid van de Staat en moest hij in hechtenis genomen worden.

Het Hof oordeelde nadien dat met deze hechtenis rekening moest gehouden worden, aangezien zij op het ogenblik van de begroting, zekerheid verschafte nopens de gevolgen van de verwonding gedurende het tijdsverloop dat de uitspraak voorafging. Deze vastgestelde zekerheid omtrent de omvang der geleden inkomstenschade moest de willekeurige waarderingsfactoren vervangen. Daarom werd geen schadeloosstelling voor inkomstenschade toegekend voor de duur van de hechtenis (Luik, 16 jan. 1952, *J.Liège,* 1951-52, 281).

Men zou ook van uit het standpunt der onheilsopeenvolging kunnen vaststellen dat het latere nadeel van de hechtenis, de omvang van de door de onrechtmatige daad veroorzaakte inkomstenschade beperkt heeft. In die zin besliste nl. het voormalige Duitse *Reichsgericht,* over precies hetzelfde geval (Reichsgericht, 23 nov. 1879, *R.G.Z.,* 1, 66, aangehaald naar KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität,* blz. 32; NIEDERLÄNDER, *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, A.c.P.,* 153 (1954), blz. 65).

Gezien de thans nader te bespreken moeilijkheden om te beslissen of een werkelijke of verhinderde nadelige gebeurtenis de omvang van de te vergoeden schade beperkt, zal, waar zulks mogelijk is, steeds verkozen worden de oplossing te zoeken van uit het standpunt der vergrootte zekerheid.

AFDELING II

VERWEZENLIJKTE OF DOOR DE ONRECHTMATIGE DAAD VERHINDERDE NADELIGE GEBEURTENISSEN WAARDOOR DE OMVANG VAN DE TE VERGOEDEN SCHADE BEPERKT WORDT

§ 1. Het vraagstuk

493 Drie mogelijkheden kunnen onderscheiden worden.

Vooreerst kan de omvang van de te vergoeden schade beperkt worden door een latere gebeurtenis, waardoor aan de benadeelde een nieuw nadeel berokkend wordt.

Herhaaldelijk werd reeds de juistheid vastgesteld van deze schijnbare paradox, b.v. waar mocht erkend worden dat de dood van het slachtoffer een einde stelt aan de doorlopende schade door zijn verwondingen veroorzaakt (zie boven, nr. 391, *in fine*, en nr. 492; zie verder, nr. 908).

Het kan vervolgens voorkomen dat een latere gebeurtenis verwezenlijkt is, die hetzelfde nadeel zou teweeggebracht hebben, ook al was de onrechtmatige daad niet verricht.

Deze mogelijkheid werd eveneens reeds ontmoet, o.m. bij de bespreking van de schade door verlies van een kans. Uit een latere gebeurtenis kan inderdaad blijken, dat ook al was een rechtspleging door een pleitbezorger of advocaat tijdig en op geldige wijze ingesteld, het proces toch zou verloren zijn (zie boven, nr. 105).

Dit was ook het geval met de inkomstenschade door invaliditeit veroorzaakt, die alleszins zou teweeggebracht zijn door de hechtenis van het slachtoffer in de loop van het geding (Luik, 16 jan. 1952, besproken boven, nr. 492).

Het kan tenslotte gebeuren dat een gebeurtenis, waardoor hetzelfde nadeel zou teweeggebracht zijn, door de onrechtmatige daad verhinderd werd.

Deze derde mogelijkheid zal tot moeilijkere betwistingen aanleiding geven. Denk aan het klassieke voorbeeld waarbij een reiziger, zwaar verminkt door een verkeersongeval, hierdoor het vliegtuig niet kan nemen, dat nadien te pletter stortte.

Naar aanleiding van de juiste bepaling van het schadebegrip, m.a.w. de nauwkeurige ontleding van de werkelijkheid van de schade, werd opgemerkt dat de schade noodzakelijk causaal en hypothetisch van aard is (zie boven, nr. 22 en 399).

M.a.w. de vaststelling van de schade en de waardering van haar omvang moet niet alleen gedaan worden, met inachtneming van hetgeen in werkelijkheid door de onrechtmatige daad teweeggebracht werd, maar deze vastgestelde werkelijkheid moet vergeleken worden met een hypothese, nl. hetgeen zou gebeurd zijn, was de onrechtmatige daad niet verricht. Het verschil tussen deze beide termen van de vergelijking bepaalt de omvang van de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade.

Daarom kan de omvang van de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade

kleiner blijken dan oorspronkelijk, ten tijde van de eerste schadeberokkenende gebeurtenis redelijk mocht verwacht worden, doordat inmiddels is komen vast te staan:

1) dat door een latere nadelige gebeurtenis de tweede term van de vergelijking, nl. de hypothetische, minder gunstig gemaakt wordt voor de benadeelde;

2) doordat een verwezenlijkte latere nadelige gebeurtenis, deze tweede term, minder gunstig zou gemaakt hebben;

3) doordat een nadelige gebeurtenis die deze tweede term eveneens minder gunstig zou gemaakt hebben, door de onrechtmatige daad verhinderd werd.

494 Het hier behandelde vraagstuk werd meer dan eens ten onrechte uitsluitend ten aanzien van het causaliteitsvereiste behandeld, hetgeen tot veel verwarring aanleiding gaf.

Weliswaar komen gevallen voor, waar na elkander optredende schadeberokkenende gebeurtenissen, vooraf ten aanzien van het oorzakelijk verband tussen schuld en schade moeten onderzocht worden.

Denk vooreerst aan het schoolse voorbeeld, waar iemand een dodelijke dosis vergif toedient aan een ander, die door een derde gedood wordt vooraleer het vergif zijn uitwerksel kan hebben.

Het door de eerste met opzet nagestreefde nadeel — nl. het overlijden — is niet door hem veroorzaakt. Hij is voor de bedoelde schade niet aansprakelijk, indien zij in werkelijkheid als gevolg van een andere omstandigheid ingetreden is (DEMOGUE, IV, nr. 377, blz. 18; MAZEAUD, II, 1970, nr. 1426, blz. 521). „Es genügt nicht, dass der Schaden durch sein Verhalten eingetreten wäre, wenn er in Wirklichkeit infolge eines anderen Ereignisses eingetreten ist" (VON THUR, *Obligationenrecht*, I, § 13, 1, blz. 74).

In dergelijk geval kan zonder meer vastgesteld worden dat het vereiste van oorzakelijk verband ontbreekt of, anders gezegd, door een andere oorzaak achterhaald en verbroken is.

De praktijk onderwerpt echter meer complexe gevallen aan het oordeel van de rechter.

Het Hof te Gent erkende de hoofdelijke aansprakelijkheid van verschillende personen die in dezelfde nacht een zelfde vrouw verkracht hadden, die ongeveer negen maanden later een kind ter wereld bracht. Zeker was de geboorte slechts het gevolg van het misdrijf van één enkele der verdachten, en bleef het onzeker welke verdachte het kind verwekt had. Een oplossing kon hier gevonden worden o.m. op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid, luidens artikel 50 Sw., vermits al de verdachten onderling in de gepleegde verkrachtingen medeplichtig waren (Gent, 4 april 1950, *R.Crit.J.B.*, 1953, 194, met noot P. GRAULICH; *R.W.*, 1949-50, 1544; *vgl.* DALCQ, II, nr. 2454; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 1965, nr. 159, blz. 230; Cass., 15 febr. 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 661; *Pas.*, 1974, I, 632; *R.G.A.R.*, 1975, 9530).

Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt kan hier melding gemaakt worden van art. 6.3.3 van het ontwerp Ned. B.W., waaruit een identiek standpunt kan worden afgeleid.

Veel moeilijker zal de betwisting kunnen opgelost worden, wanneer onder de verschillende daders die gelijktijdig handelden, slechts één enkele het misdrijf kan begaan hebben door het veroorzaken van de schade door zijn gebrek aan vooruitzicht en voorzorg, b.v. waar na een jachtongeval niet kan uitgemaakt worden welke van de jagers, in feite, het slachtoffer getroffen heeft.

Alle dergelijke vragen doen dus vooraf de vraag naar het oorzakelijk verband oprijzen.

Hoewel, zoals reeds opgemerkt werd, de verschillende bestanddelen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad dienen onderscheiden te worden, mogen zij in de praktijk daarom niet gescheiden worden (zie boven, nr. 1).

Bij het onderzoek naar de omvang van de schade moet steeds causaal gedacht worden: „Der Schadenersatz reicht nicht weiter, als der Kausalzusammenhang" (VON THUR, *Obligationenrecht*, eerste druk, I, § 13, I, blz. 74).

Zelfs in deze klaar afgetekende gevallen betreft het op te lossen vraagstuk echter niet uitsluitend, het oorzakelijk verband. Het gaat hier bovendien over de bepaling van de tweede term van de vermogensvergelijking: welke zou de vermogenstoestand van de benadeelde gebleven of geworden zijn, was de onrechtmatige daad niet verricht. De vraag luidt immers: in hoever moet de aangesprokene de schade, in werkelijkheid door zijn onrechtmatige daad veroorzaakt, vergoeden, wanneer zij ook zonder zijn doen of laten, nadien, tengevolge van een andere gebeurtenis alleszins zou ontstaan zijn (*vgl.* KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, blz. 19)?

Neem b.v. het eerste, ogenschijnlijk eenvoudigste geval, waar B zijn slachtoffer doodt, nadat A hetzelfde een dodelijke dosis vergif had doen innemen.

Alhoewel B in werkelijkheid en A helemaal niet het slachtoffer gedood heeft, zou B kunnen aanvoeren dat hij iemand gedood heeft die kort daarop alleszins was gestorven.

M.a.w. hij zou slechts de schade moeten vergoeden in die mate dat zij niet zou ingetreden zijn, indien hij zijn onrechtmatige daad niet zou veroorzaakt hebben.

Toch moet vastgesteld worden dat B aan zijn slachtoffer niet alleen het leven ontnam; de door hem veroorzaakte schade moet niet alleen vastgesteld en gewaardeerd worden door de vergelijking met het hypothetisch verder leven van het slachtoffer, maar bovendien met het feit dat, door zijn dood die zou ingetreden zijn ten gevolge van de schuld van A, de aansprakelijkheid van deze zou ontstaan zijn jegens de nabestaanden van het slachtoffer.

M.a.w. B is schadeloosstelling verschuldigd te berekenen in verhouding tot de redelijke levensverwachting van het slachtoffer, zonder rekening te houden met de nadelige gevolgen van de onrechtmatige daad van A, die door de schuld van B verhinderd werd.

495 In vrijwel de meeste toepassingsgevallen zal niet eens het oorzakelijk verband tussen de schuld en de oorspronkelijk te verwachten schade ter sprake komen, maar uitsluitend de waardering van de omvang der veroorzaakte schade.

Toch werd deze problematiek ten onrechte nog behandeld als een onderdeel van het leerstuk van het oorzakelijk verband. In de rechtsleer wordt dan de vraag aldus gesteld of er onderbreking is van het oorzakelijk verband, wanneer de schade werkelijk door de dader veroorzaakt i s , maar zonder diens onrechtmatige daad, tengevolge van andere gebeurtenissen z o u verwezenlijkt zijn (zie o.m. SAVATIER, II, nr. 459*bis*, blz. 8; P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours de responsabilités. Conventions d'irresponsabilité, R.Trim.Dr.Civ.*, 1934, blz. 325, en voetnoot 2; VON THUR, I, § 13, I, blz. 74 e.v.; OFTINGER, I, § 3, V, E, blz. 91).

In Duitsland werden deze vraagstukken herhaaldelijk behandeld door de rechtspraak, en de oplossingen werden tot voor korte tijd ten aanzien van het vereiste van oorzakelijk verband gezocht. Men spreekt er steeds van *überholende Kausalität* (ENNECCERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, (1950), § 15, III, 3, blz. 67; H. NIEDERLÄNDER, *Schadenersatz bei hypothetisches Schadensereignissen, A.c.P.*, 153 (1954), blz. 41 e.v., en blz. 51 e.v.; *vgl.* ook het verdere overzicht der Duitse rechtspraak en rechtsliteratuur in KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität*, blz. 21 e.v.; H. LANGE, *Zum Problem der überholenden Kausalität, A.c.P.*, 152 (1952), blz. 153 e.v.).

De ommekeer in de Duitse rechtspraak sedert de beslissing van het hoogste gerechtshof der Britse zone te Keulen op 20 januari 1949 mag hierbij reeds vermeld worden.

De te beantwoorden vraag wordt beschouwd als een vraag van schadeloosstelling. Ten aanzien van de zeer nauwkeurige bepaling door § 249 B.G.B. aan de schadeloosstelling gegeven — en die ook naar Belgische recht geldt (zie boven, nr. 222) — wordt er onderzocht welke invloed de latere gebeurtenissen, zowel de werkelijke als de hypothetische, zouden uitgeoefend hebben op de toestand die zonder de schadeberokkenende daad z o u b e s t a a n hebben. De schadeloosstelling dient dan ook begroot te worden op het ogenblik van de einduitspraak, met inachtneming van de alsdan verwezenlijkte of te verwachten latere

gebeurtenissen, die geenszins verschillend mogen behandeld worden, naar gelang zij voordelig of nadelig zijn voor de aanspraakgerechtigde (aangehaald naar KNAPPE, blz. 45 e.v.; LANGE, blz. 158; LARENZ, I, § 14, e, blz. 119; zie hierover tevens M. VANQUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, 1972, nr. 189, blz. 112).

Hier dient de nadruk gelegd te worden niet zozeer op de causale aard maar meer bepaald op het hypothetische karakter van het schadebegrip, daar het gaat om een vraag van begroting der schade.

Er wordt hier immers een vraag van begroting der schadeloosstelling gesteld, in die zin dat de aangesprokene, slechts voor de door hem veroorzaakte schade instaat, terwijl deze schade is, het voor de benadeelde nadelige verschil tussen de door de aansprakelijke veroorzaakte toestand, en diegene die zou blijven bestaan zijn of tot stand gekomen, ware de onrechtmatige daad niet verricht (zie boven, nr. 22 en 399).

Hier moet dan ook de vraag gesteld worden welke latere gebeurtenissen die van aard zijn om de tweede term van de vergelijking nader te omschrijven, in aanmerking mogen komen. De Belgische rechtspraak erkent doorgaans bij de oplossing van de door haar behandelde betwistingen die tot deze problematiek behoren — waar die nog niet in hun samenhang leerstellig onderzocht werden — een vraagstuk van schadeloosstelling, en niet van causaliteit.

Ook wanneer men de boven besproken formule van het Hof van Cassatie als bevredigend zou aanvaarden volgens welke in aanmerking kunnen te nemen zijn, de latere gebeurtenissen, die, ook al zijn zij vreemd aan de onrechtmatige daad, niet vreemd zijn aan de schade (zie boven, nr. 381 e.v.), dan ziet men onmiddellijk in dat de hier behandelde latere gebeurtenissen vreemd zijn aan de onrechtmatige daad d.w.z. geen vraagstuk van causaliteit stellen (zie boven, nr. 390). Er is dus slechts een vraagstuk van waardering van de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade; waarbij mag herinnerd worden aan het hierover ontoereikende karakter van de formule van het Hof van Cassatie (zie boven, nr. 393).

Men kan in de rechtsleer een duidelijke strekking vaststellen om deze vraag meestal als een vraag van schadeberekening en schadeloosstelling te behandelen (zie o.m. MAZEAUD, III, nr. 2419-5 e.v., blz. 795 e.v.; L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, nr. 155 e.v., blz. 172 e.v.; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité élémentaire*, II (1952), nr. 1157, blz. 411; HOLLEAUX, boekbespreking van KNAPPE, *R.Int.Dr.Comp.*, 1955, blz. 244; F.R. DOZY, *Onheilsopeenvolging*, *W.P.N.R.*, 1950, nr. 4118 e.v., blz. 333 e.v.; H. LANGE, *Zum Problem der überholenden Kausalität*, *A.c.P.*, 152 (1952), blz. 159 e.v.; H. MOORS, *Hypothetische Verursachung und Schadensberechnung Neue Juristische Wochenschrift*, 1954, blz. 332 e.v.; A. ZEUNER, *Zum Problem der überholenden Kausalität*, *A.c.P.*, 157 (1958-59), blz. 441 e.v.; DALCQ, II, nr. 4089 e.v.; M. VANQUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 187 e.v., blz. 111 e.v.).

Twee extreme stellingen staan tegenover elkaar.

Een eerste waarbij in principe geen rekening mag gehouden worden met latere gebeurtenissen waardoor dezelfde schade zou teweeggebracht zijn (zie o.m. VON THUR, I, § 13, blz. 67 e.v.; P. ESMEIN, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1934, blz. 325, en voetnoot 2; H. NIEDERLÄNDER, *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen*, *A.c.P.*, 153 (1954), blz. 51 e.v.; OFTINGER, I, § 3, V, E, g. 91).

Een tweede waarbij in algemene regel rekening moet gehouden worden met de latere gebeurtenis, waaruit blijkt dat het nadeel, geheel of ten dele, alleszins zou

ontstaan zijn (DABIN/LAGASSE, *Examen de jurisprudence, R.Crit.J.B.*, 1949, blz. 91, nr. 88).

De wisselende werkelijkheid zal echter veel meer schakeringen vereisen.

De eerbied voor de concrete werkelijkheid aan de ene kant, en aan de andere kant voor de principes van het schadevergoedingsrecht, in het streven naar een oplossing die aan het vereiste van rechtvaardigheid voldoet, zal het wellicht onmogelijk maken een regel te formuleren die algemene draagwijdte zou hebben.

§ 2. Proeve van oplossing

A. BEWIJS EN BEWIJSLAST

496 In vele gevallen zal de moeilijkheid voorkomen worden door een juiste toepassing van de principes betreffende de bewijslast.

De vraag, in hoever de dader aansprakelijk is voor de schade, die, ook zonder zijn onrechtmatige daad, alleszins zou ontstaan zijn, wordt in de praktijk vooral gesteld in verband met het al dan niet in aanmerking nemen van schade die door de onrechtmatige daad verhinderd werd.

Deze mogelijkheid laat de grootste moeilijkheden ontstaan, aangezien hypotheses met elkander in botsing komen.

Luidens de algemene regel moet inderdaad de door de onrechtmatige daad veroorzaakte toestand vergeleken worden met hetgeen zou gebeurd zijn, was de onrechtmatige daad niet verricht (zie boven, nr. 22 en 222).

497 Welnu hier moet vooraf de nadruk gelegd worden op het b e w i j s van de waarschijnlijkheid dat indien de onrechtmatige daad niet verricht was, hetzelfde nadeel alleszins zou ontstaan zijn.

M.a.w. een dubbel bewijs moet geleverd worden: vooreerst dat de andere gebeurtenis zou verwezenlijkt zijn, en vervolgens dat zij het reeds verwezenlijkte nadeel geheel of ten dele zou teweeg gebracht hebben. Het bewijs beteft dus én het ontstaan én de oorzakelijke werking van de gebeurtenis, die door de onrechtmatige daad ingehaald of verhinderd werd.

Hier ook is gerechtelijke zekerheid vereist, d.w.z. een in zo hoge mate waarschijnlijkheid dat aan de tegenovergestelde mogelijkheid niet ernstig moet gedacht worden (zie boven, nr. 91).

Op deze gronden dient aan hypothetische gebeurtenissen als mogelijke reserveoorzaken van schade alle invloed ontkend te worden, wanneer zij de voormelde graad van hoge waarschijnlijkheid niet vertonen.

Derhalve worden alle mogelijkheden of gebeurlijkheden uitgesloten die niet stroken met de normale gang van zaken.

Dienen eveneens uitgesloten te worden de loutere mogelijkheden die, ook al druisen zij niet in tegen de gewone gang van zaken, toch, op zichzelf louter mogelijk, en niet redelijk te verwachten zijn (*vgl.* KNAPPE, *Das Problem der überholenden Kausalität,*

blz. 18; SAVATIER, II, nr. 459*bis*, blz. 8; Corr. Kortrijk, 18 dec. 1933, *R.G.A.R.*, 1934, 1658, reeds aangehaald boven, nr. 74, *in fine)*.

De bewijslast hiervan rust volledig op de aangesprokene (zie boven, nr. 82 en 84; WOLFSBERGEN, *Onrechtmatige daad*, blz. 171; M. VANQUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 195, blz. 116, met aangehaalde rechtspraak van het Duitse B.G.H.; M. VANDEUR, *Schadeloosstelling volgens gemeen recht*, 1979, blz. 52; Luik, 15 febr. 1960, *J.Liège*, 1959-60, 281).

Aldus rust op de aangesprokene de bewijslast dat het slachtoffer vroeger zou gestorven zijn, dan met inachtneming van de levensduurtabellen mocht verwacht worden (Cass., 18 dec. 1933, *R.G.A.R.*, 1934, 1658), of dat het slachtoffer, krankzinnig geworden tengevolge van een ongeval, later alleszins tengevolge van zijn voorbeschiktheid, aan deze kwaal zou geleden hebben (Cass., 8 juni 1952, *Pas.*, 1951, I, 691; *R.W.*, 1951-52, 545; zie ook boven, nr. 257 en 268).

498 Loutere eventualiteiten zullen niet in aanmerking genomen worden (Cass., 27 nov. 1961, *Pas.*, 1967, I, 393; *R.W.*, 1962-63, 495; Vred. Kontich, 15 juni 1971, *R.W.*, 1971-72, 1369).

Aldus b.v. moet geen rekening gehouden worden met de loutere mogelijkheid dat het slachtoffer, vroeger dan redelijk te verwachten was, tengevolge van een andere oorzaak zou sterven (Corr. Kortrijk, 18 dec. 1933, *R.G.A.R.*, 1934, 1658).

Het gaat hier immers steeds over het onderzoek omtrent de tweede term, nl. de hypothetische term van de vermogensvergelijking in de vaststelling en waardering van de schade.

Hierbij moet men steeds vooropstellen dat de evolutie daarvan zou stroken met de gewone gang van zaken.

Afwijkingen daarvan moeten bewezen worden (zie boven, nr. 83).

Het is dan ook ten onrechte dat DE PAGE eertijds rekening wou houden met de mogelijkheid dat het slachtoffer van beroep zou veranderen, om op grond daarvan te weigeren de toekomstige wedde- of loonsverhogingen in aanmerking te nemen. In de laatste uitgave van zijn werk herzag hij echter zijn zienswijze en oordeelde aldus terecht dat deze nadelige, loutere hypothese volledig buiten beschouwing diende te worden gelaten (DE PAGE, II, 1964, nr. 1020, blz. 1064; zie boven, nr. 112).

De oplossing blijft dezelfde van uit het standpunt van het causaliteitsvereiste.

Het noodzakelijk oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de *in concreto* ontstane schade, kan niet ontkend worden, op grond van de beschouwing dat hetzelfde nadeel ook zonder de schuld van de dader zou kunnen ontstaan zijn (Cass., 11 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1094; *J.T.*, 1956, 613).

499 Indien de latere gebeurtenis verwezenlijkt is, betreft de bewijslast en de bewijsvoering slechts de oorzakelijke werking van de verwezenlijkte latere gebeurtenis, m.a.w. de waarschijnlijkheid dat de reeds verwezenlijkte schade zou ontstaan zijn tengevolge van deze gebeurtenis, moest de onrechtmatige daad niet verricht zijn.

Ook hier rust de bewijslast volledig op de aangesprokene. Nooit immers mag van de

benadeelde het bewijs verlangd worden dat, zonder de schuld van de aansprakelijke, de schade niet zou ontstaan zijn (zie boven, nr. 82).

500 Eens te meer moeten eventualiteiten geweerd worden. Loutere risico's volstaan niet. Wanneer door een latere gebeurtenis zeker vaststaat dat de benadeelde aan deze risico's blootgesteld was geweest, dan is het niet zeker dat zij zouden verwezenlijkt zijn.

Aldus werd terecht beslist dat, bij de waardering van de redelijke levensverwachting van een in 1939 gedode militair, geen rekening moest gehouden worden met de oorlog en de gevaren die hij daarin zou gelopen hebben (Luik, 23 mei 1946, *Pas.*, 1946, II, 70; *R.G.A.R.*, 1946, 3875; *Bull.Ass.*, 1946, 286).

Integendeel oordeelde het Hof van Beroep te Brussel, wellicht ten onrechte: ,,Dans la détermination des éléments intrinsèques du préjudice que le débiteur... doit réparer, il faut tenir compte et *du fait que le créancier n'a pas eu à subir les aléas défavorables, tels que le risque de réquisition à bas prix, aléa auquel il eût été exposé si la chose avait été restituée*'' (Brussel, Ver. Kamers, 9 juli 1947, *R.Crit.J.B.*, 1948, 121, met noot R. PIRET, die waarschuwt tegen de veralgemening van een dergelijk principe).

B. PERSOONSSCHADE

501 Vervolgens werd een onderscheid voorgesteld van aard om een reeks gevallen op te lossen zonder grote moeilijkheden.

Er is enerzijds de schade die zich in de duur uitstrekt, in die zin dat de benadeelde geen verlies ondergaat dat als het ware ineens geleden wordt, maar integendeel gedurende een langer tijdsverloop op achtereenvolgende tijdstippen de veroorzaakte schade ondergaat, b.v. door invaliditeit.

Dergelijke schade werd als doorlopende schade *(préjudice successif, Dauernschaden)* bestempeld, om ze aan de momentschade tegen te stellen (MAZEAUD, III, nr. 2419-5, blz. 795; F.B. DOZY, *Onheils-opeenvolging, W.P.N.R.*, 1950, nr. 4148 e.v., blz. 333 e.v.; *vgl. H. LANGE, Zum Problem der überholenden Kausalität, A.c.P.*, 152 (1952), blz. 159 e.v.; LARENZ, I, § 14, e, blz. 119; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 1965, nr. 155 e.v., blz. 222 e.v.).

Mits er nopens de besproken latere gebeurtenis, gerechtelijke zekerheid bestaat, wordt vrij algemeen aanvaard, dat, bij de begroting van doorlopende schade, rekening moet gehouden worden met een later onheil dat een einde stelt aan de oorspronkelijke schade, met een latere gebeurtenis die hetzelfde nadeel zou teweeggebracht hebben, en met een door de onrechtmatige daad verhinderde gebeurtenis, die hetzelfde nadeel zou toegebracht hebben.

Zelfs diegenen die ten onrechte de vraag als uitsluitende causaliteitsvraag behandelen, komen, althans in de meest praktische gevallen, tot hetzelfde resultaat.

Telkens de schade normaal door een rente zou moeten vergoed worden, omdat het verlies zich over een bepaald tijdsverloop uitstrekt, komt het op het oorzakelijk verband aan ,,für jeden einzelnen Zeitabschnitt'' (zie o.m. ENNECCERUS-LEHMANN, § 15, III, 3, blz. 67; Reichsgericht, 23 nov. 1879, *R.G.Z.*, 1, 16, aangeh. naar KNAPPE, blz. 32 e.v.; VON THUR, I, § 13, blz. 76 e.v.).

Daarom zal een later onheil, waardoor het invalide slachtoffer gedood wordt, een einde stellen aan zijn doorlopende schade.

De auteurs die dit onderscheid vooropstelden, beschouwden echter de doorlopende schade als eigen aan de persoonsschade, door aantasting van lijf en leven, terwijl momentschade en zakenschade, — een buitengewone uitzondering niet te na gesproken, — zouden samenvallen. Zoals verder zal blijken berust deze opvatting op een vergissing nopens de zakenschade (zie verder, nr. 510).

Daarom zal de oplossing best gezocht worden in het kader van een onderscheid tussen persoonsschade en zakenschade.

502 In een eerste reeks gevallen, kan, zoals reeds onderstreept werd, de probleemstelling zelf teruggevoerd worden tot de reeds behandelde vraag nopens het in aanmerking nemen van latere gebeurtenissen, waardoor zekerheid omtrent de omvang van de schade, de vroegere waarschijnlijkheidsgissingen vervangt (zie boven, nr. 492).

Aldus kan evengoed vastgesteld worden dat het overlijden van de aanspraakgerechtigde een einde maakt aan de schade die hij persoonlijk leed, of dat de zekerheid betreffende de datum van zijn overlijden alle beroep op een waarschijnlijke levensduur vervangt (zie boven, nr. 490).

Aldus ook mag geoordeeld worden dat de hechtenis van het invalide slachtoffer, belet dat het gedurende dat tijdsverloop inkomstenschade zou lijden tengevolge van zijn invaliditeit. M.a.w. het nieuwe onheil beperkt de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade.

Evengoed kan hier vastgesteld worden dat deze hechtenis zekerheid verschaft dat het slachtoffer geen inkomsten uit arbeid zou verworven hebben gedurende die tijd, en vervangt deze zekerheid de vroegere waarschijnlijkheid (zie boven, nr. 492).

In die zin oordeelde ook het Hof van Cassatie in het verder te bespreken arrest van 1 april 1943 (zie verder, nr. 514).

503 Bij de bespreking van de vraagstukken in verband met de pathologische voorbeschiktheid van het slachtoffer werd reeds vastgesteld, dat rekening kan gehouden worden met de vastgestelde zekerheid dat het slachtoffer tengevolge van de kwaal waardoor hij reeds vóór de onrechtmatige daad aangetast was, alleszins later hetzelfde nadeel zou ondergaan hebben.

Weliswaar rust de bewijslast daarvan op de aangesprokene en zal de bewijsvoering aan strenge maatstaven te meten zijn (zie boven, nr. 257).

Maar wanneer de rechter er van overtuigd is, dat indien de onrechtmatige daad niet verricht zou zijn, het slachtoffer alleszins op een bepaald ogenblik invalide zou geworden zijn of zou overleden zijn, zal er slechts schade zijn door vervroeging (zie boven, nr. 254 e.v.; in die zin nl. Brussel, 10 dec. 1937, *R.G.A.R.*, 1938, 2650; Parijs, 30 okt. 1939, *Dall.Hebd.*, 1940, 214; Cass., 12 febr. 1962, *Pas.*, 1962, I, 660; Cass., 7 nov. 1966, *Arr.Cass.*, 1967, 328; *Pas.*, 1967, I, 319; Luik, 22 april 1964, *Bull.Ass.*, 1965, 512 met noot R.P.; Pol. Leuze, 27 jan. 1964, *Bull.Ass.*, 1964, 316 met noot M.G.; J. VAN STEENBERGE, in *Schade aan de mens, I, Evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in het recht,* 1975, blz. 286; zie boven, nr. 258).

Ook diegenen die in de behandelde vraag een causaliteitsvraag zagen en in principe weigeren met latere nadelige gebeurtenissen rekening te houden, maken in dit verband een uitzondering.

Zij aanvaarden nl. dat na verwonding, met blijvende invaliditeit ten gevolge, rekening moet gehouden worden met het feit dat de kwaal voor het ongeval reeds in de kiem aanwezig was en, derhalve hetzelfde nadeel, de invaliditeit ook zonder de onrechtmatige daad zou teweeggebracht hebben (I. VON THUR, § 13, blz. 77; zie ook de rechtspraak van het *Reichsgericht*, aangeh. en besproken door KNAPPE, blz. 23 e.v.).

504 In andere gevallen kunnen echter bezwaren opgeworpen worden tegen het in aanmerking nemen van latere nadelige gebeurtenissen.

Deze gevallen deden sommigen wanhopen omtrent de mogelijkheid van een oplossing die in overeenstemming zou kunnen gebracht worden met de principes van het schadevergoedingsrecht.

KNAPPE neemt aldus, als besluit van een overigens verdienstelijk werk, zijn toevlucht tot de theorie die aan de schadeloosstelling een penaal karakter toeschrijft, om op die gronden, naargelang van de schuld van de eerste dader, of van degene die de latere gebeurtenis veroorzaakte, al dan niet met de latere gebeurtenis rekening te houden (KNAPPE, blz. 99 e.v. — beaamd door HOLLEAUX, boekbespreking, *R.Dr.Int.Comp.*, 1955, 244; *vgl.* LANGE, blz. 16). Hier evengoed dan elders strekt schadeloosstelling tot vergoeding, niet tot straf. Indien de schadeloosstelling een sanctie is voor een schuldig doen of laten, waardoor men iemand onrecht aandeed, dan bestaat zij daarin, dit onrecht, d.w.z. de schade, noch min noch meer te vergoeden (zie boven, nr. 267 e.v.).

Volgens anderen volgt niet uit de bepaling van het tijdstip der begroting dat een hypothetische latere gebeurtenis in aanmerking zou moeten genomen worden.

Ondanks deze hypothetische reserveoorzaak zou de werkelijk veroorzaakte schade ontstaan zijn en blijven bestaan. Het zou niet aan te nemen zijn dat een hypothetische schadegebeurtenis, de reeds ontstane schade zou kunnen verminderen, vermits hierdoor het geleden verlies niet aangevuld wordt (NEUMANN-DUESBERG, *Einzelproblemen der überholenden Kausalität, Juristenzeitung*, 1955, blz. 165; *vgl.* ook H. NIEDERLÄNDER, *Schadensersatz bei hypothetisches Schadensereignissen, A.c.P.*, 153 (1954), blz. 53). Hierbij wordt echter vergeten dat de schade vastgesteld en gewaardeerd wordt als de uitslag van een vergelijking tussen de veroorzaakte toestand en de hypothetische toestand, die zou bestaan hebben, was de onrechtmatige daad niet verricht.

505 De moeilijkheid kan duidelijk aangevoerd worden in de helemaal niet denkbeeldige voorbeelden gegeven door diegenen die in principe de mogelijkheid verwerpen om latere nadelige gebeurtenissen in aanmerking te nemen.

Een klassiek voorbeeld kan de probleemstelling verduidelijken.

Tengevolge van een verkeersongeval waardoor het slachtoffer blijvend verminkt is, kan dit bovendien niet tijdig het vliegplein bereiken, waarheen het zich begaf. Het vliegtuig, waarmede hij anders een reis zou ondernomen hebben, valt te pletter, met de dood van alle inzittenden ten gevolge.

Moet met deze latere voor het slachtoffer nadelige hypothetische gebeurtenis rekening gehouden worden bij de begroting van de schade door de aansprakelijke (zie o.m. VON THUR, I, § 13, I, blz. 76; P. ESMEIN, *R.Trim.Dr.Civ.*, 1934, blz. 325, voetnoot 2)?

Men vermeldt ook het geval van de gekwetste mijningenieur, wiens plaatsvervanger tijdens de verpleging van de gekwetste, in een mijnramp omkomt (J. GOEDSEELS, *Du cumul des indemnités-accident et des indemnités-assurances, R.G.A.R.*, 1931, 850).

Denk vervolgens aan het geval waar het slachtoffer tengevolge van een onrechtmatige daad invalide is, en opnieuw slachtoffer wordt van een ongeval dat eveneens de volledige invaliditeit zou veroorzaakt hebben.

Uit deze voorbeelden leidde men af dat de latere nadelige gebeurtenis buiten be-

schouwing moest gelaten worden bij de begroting van de schadeloosstelling door de eerste dader verschuldigd, en zulks wegens de al te onbillijke uitslag.

Dat een probleem uit de boeken geen oplossing zou kunnen vinden, was betreurenswaardig voor de theorie. Het recht bestaat echter niet voor de theorie, maar de theorie voor het recht, dat de sociale werkelijkheid en de rechtvaardigheid moet dienen, en geenszins moet beantwoorden aan een streven, naar een evenwichtig gesloten systeem.

Indien gezonde oplossingen hun plaats niet kunnen vinden in de theorie, dan zou de theorie onjuist gebleken zijn en zou zij moeten herdacht worden.

506 Het komt echter voor dat de oplossing wel kan gevonden worden in overeenstemming met de aanvaarde principes.

Terloops werd herinnerd aan de noodzakelijkheid van het voorafgaandelijke onderzoek nopens de zekerheid van het hypothetische latere schadegeval, of zijn schadeberokkenende werking, b.v. nopens de waarschijnlijkheid dat de gekwetste mijningenieur zich op het ogenblik van de mijnramp in de mijn zou bevonden hebben, en er zou gedood zijn (zie boven, nr. 496 e.v.).

Een onderscheid moet in dit verband gemaakt worden tussen het geval waar de tweede gebeurtenis de aansprakelijkheid van een derde medebrengt, of zou medegebracht hebben, en dit, waar de tweede gebeurtenis aan toeval te wijten is (*vgl.* DOZY, *a.w.*, blz. 335; L. RIPERT, nr. 158, blz. 176; LANGE, *a.w.*, blz. 162 e.v.).

Onder meer schijnt de oplossing van het vraagstuk, zo niet bepaald, dan toch vereenvoudigd te worden, door de vaststelling dat de andere gebeurtenis een aanspraak op schadeloosstelling doet of zou kunnen doen ontstaan voor de benadeelde, of dat zij de verwezenlijking was van een door de benadeelde verzekerd risico.

507 Laten we vooreerst het geval onderzoeken waar een derde aansprakelijk is voor de verwezenlijkt latere nadelige gebeurtenis, die dezelfde schade zou teweeggebracht hebben, b.v. inkomstenschade.

Een volledig invalide slachtoffer wordt voor de einduitspraak een tweede maal getroffen, b.v. door een ongeval met volledige blindheid ten gevolge. Het is maar al te duidelijk dat het schadeloos moet gesteld worden. De vraag blijft wie van beide daders zal moeten betalen.

De eerste dader zou kunnen aanvoeren dat het slachtoffer, ook zonder zijn onrechtmatige daad, volledig onbekwaam zou geworden zijn om inkomsten te verwerven. Anderzijds zou de tweede dader kunnen aanvoeren dat zijn onrechtmatige daad geen inkomstenschade veroorzaakt heeft, vermits hij een volledig invalide slachtoffer getroffen heeft. DOZY stelt voor de tweede dader voor volledig aansprakelijk te verklaren voor de inkomstenschade, vermits het slachtoffer zijn aanspraak tegen de eerste dader zou bewaard hebben ware de tweede onrechtmatige daad niet verricht. M.a.w. er is schade veroorzaakt door derving van de schadeloosstelling wegens het eerste ongeval (DOZY, *a.w.*, blz. 335).

Deze oplossing lijkt niet billijk, vermits zij op de tweede dader het herstel doet wegen van de inkomstenschade die in werkelijkheid door de eerste veroorzaakt werd.

Er werd ook wel eens voorgesteld de achtereenvolgende daders voor hoofdelijk aansprakelijk te verklaren (*vgl.* LANGE, blz. 163; NIEDERLÄNDER, blz. 49 en blz. 66 e.v.; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 1965, nr. 164, blz. 236).

Integendeel komt het voor dat indien de eerste dader het slachtoffer niet zou getroffen hebben, de tweede een persoon zou verminkt hebben die volledig bekwaam was tot arbeid.

De eerste dient derhalve aansprakelijk te blijven voor de gevolgen van de volledige werkonbekwaamheid, terwijl de tweede slechts vergoeding verschuldigd is voor de door hem veroorzaakte kosten van verpleging, nieuwe uitgaven e.d.m.

508 Er kan eveneens een bevredigende oplossing gevonden worden in de andere mogelijkheid, nl. waar hetzelfde nadeel alleszins z o u ontstaan zijn door een andere oorzaak, moest de onrechtmatige daad niet verricht zijn, maar dit andere verhinderde schadeberokkenend feit, de aansprakelijkheid van een derde zou meegebracht hebben.

De oplossing is dezelfde waar de tweede onrechtmatige daad de gevolgen van de eerste inhaalt of onderbreekt.

Er is vooreerst het klassieke voorbeeld van het slachtoffer dat door B gedood wordt, nadat A hem reeds een dodelijke dosis vergif had toegediend.

Vervolgens het even schoolse voorbeeld waar het slachtoffer door B neergeslagen wordt, en A nadien de onmogelijke poging van doodslag op het lijk van hetzelfde slachtoffer doet.

Het is duidelijk dat B in de twee gevallen niet kan zeggen dat, vermits het slachtoffer alleszins slechts nog een paar uren zou geleefd hebben, hij geen verdere inkomstenschade aan de nabestaanden moet vergoeden.

Inderdaad, in beide gevallen is A in werkelijkheid niet tot schadeloosstelling gehouden, terwijl hij het wel was geweest moest B niet opgetreden zijn (*vgl.* A.R. BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 165, noot 1, blz. 239).

M.a.w. een juiste toepassing van de principes der schadebegroting, als de vermogensvergelijking begrepen, leidt tot de gewenste oplossing. B heeft zijn slachtoffer gedood en, ofschoon het kort daarop zou overleden zijn, ontnam hij door zijn onrechtmatige daad aan zijn slachtoffer de aanspraak op schadeloosstelling die tegen A zou ontstaan zijn, moest B niet opgetreden zijn.

Derhalve is B tot volledige schadeloosstelling gehouden en moet met de daad van A g e e n rekening gehouden worden.

Dit kan ook de oplossing bieden voor de problemen door VON THUR en ESMEIN gegeven (boven, nr. 505). Daar de latere hypothetische gebeurtenis een aanspraak in hoofde van de benadeelde zou doen ontstaan hebben, bewaart hij zijn aanspraak tegen de dader.

509 Ook, betreffende de mogelijkheid waar de latere hypothetische nadelige gebeurtenis g e e n a a n s p r a a k o p s c h a d e l o o s s t e l l i n g zou doen ontstaan hebben, valt het moeilijk aan te nemen dat het slachtoffer niet zou schadeloos gesteld worden.

Wanneer het gaat over een hypothetische latere gebeurtenis, leidt de vergelijkende belangenwaardering, en de voorkeur voor de benadeelde (zie boven, nr. 235 e.v.)

ertoe, de waarschijnlijkheid dat de latere hypothetische gebeurtenis zou verwezenlijkt zijn of dezelfde schade zou veroorzaakt hebben, zo streng op te vatten, dat de minste twijfel ten goede komt aan het slachtoffer. De afwezigheid van twijfel komt slechts in de boeken voor en blijkbaar nooit in de praktijk.

Wanneer integendeel de latere gebeurtenis verwezenlijkt is, zoals b.v. het theoretische geval van de volledige blindheid door een later ongeval overkomen aan een reeds volledig werkonbekwaam slachtoffer, zal dit zijn aanspraak tegen de dader bewaren. Het is inderdaad zeker dat diens onrechtmatige daad in werkelijkheid de volledige werkonbekwaamheid veroorzaakte, terwijl kan betwijfeld worden of zonder die onrechtmatige daad de tweede schadegebeurtenis zou verwezenlijkt zijn.

ESMEIN trachtte de oplossing van het vraagstuk te vinden in de vaststelling dat de twee achtereenvolgende schadegevallen een verschillende schade veroorzaakt hebben „si l'on suppose que la victime a survécu à la deuxième blessure, c'est un préjudice distinct qu'elle a subi pour chacune des blessures" (P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours de responsabilités. Conventions d'irresponsabilité, R.Trim.Dr.Civ.*, 1934, blz. 325 en voetnoot 2).

Hierbij aansluitend kan terloops melding gemaakt worden van de vraag of een 100 % arbeidsongeschikt persoon, ingevolge een nieuw ongeval nog aanspraak kan maken op een vergoeding voor materiële schade. In beginsel kan hierop negatief worden geantwoord. Toch werd geoordeeld dat een nieuwe vermindering van economische waarde in aanmerking kan worden genomen indien het slachtoffer, ondanks zijn handicap, nog bekwaam was om enkele lichte huishoudelijke karweitjes te verrichten (Corr. Marche-en-Famenne, 1 dec. 1972, *J.Liège*, 1972-73, 132).

Bovendien kan voorgehouden worden dat beide oorzaken, — de onrechtmatige daad en het toeval, — dezelfde schade veroorzaakt hebben, terwijl in dergelijk geval van pluraliteit van oorzaken, de aansprakelijkheid volledig blijft rusten op degene die voor de onrechtmatige daad aansprakelijk is aangezien alleen de eigen schuld van de benadeelde tot een beperking van de aansprakelijkheid van de dader kan leiden (zie o.m. Cass., 10 okt. 1949, *Pas.*, 1950, I, 64; Cass., 19 maart 1951, *Pas.*, 1952, I, 491; zie nochtans A.R. BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 160, blz. 230).

Indien deze stelling niet geheel vrij van kritiek zou zijn, mag men echter niet vergeten dat het Belgische schadevergoedingsrecht gesteund is op een vergelijkende belangenwaardering, waarbij het belang van de benadeelde doorweegt (zie boven, nr. 235 e.v.) en dat uit de aard der zaak zelf een juist passende schadeloosstelling dikwijls slechts een waarschijnlijk passende schadeloosstelling kan zijn, waarbij in vele gevallen het persoonlijk inzicht van de rechter de concrete omstandigheden van het geschil bepalend is (zie boven, nr. 95). Zoals door GARNER juist opgemerkt werd, is de rechter in de meeste gevallen op waarschijnlijkheidsgissingen aangewezen.

Het is zijn taak, in deze waarschijnlijkheidsberekening, de werkelijkheid zo dicht mogelijk te achterhalen en zodoende te trachten een zo rationeel mogelijke berekening van de schadeloosstelling te vinden, die alle in aanmerking te nemen overwegingen omvat, en tevens zoveel mogelijk aangepast is aan het concrete geval. Alhoewel hieraan onvermijdelijk een zekere willekeur verbonden is, moet de rechter er zich vooral voor hoeden klaarblijkelijk onbillijke uitspraken te vellen (J. GLARNER, *Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung*, blz. 46; zie ook boven, nr. 22, *in fine)*.

C. ZAKENSCHADE

510 Aan de doorlopende schade (zie boven, nr. 501) werd de momentschade tegengesteld, om betreffende laatstgenoemde de gebeurtenissen, waardoor dezelfde

schade alleszins geheel of ten dele zou ontstaan zijn, buiten beschouwing te laten (MAZEAUD, III, nr. 2419-5, blz. 795; F.B. DOZY, *Onheils-opeenvolging*, blz. 334; NIEDERLÄNDER, *a.w.*, blz. 54 e.v.).

Praktisch gesproken komt de momentschade bij deze auteurs overeen met zakenschade in die zin dat deze gewoonlijk momentschade zou uitmaken.

Doorlopende zakenschade wordt door hen als een weliswaar mogelijke, maar in de praktijk buitengewone hypothese beschouwd.

Als voorbeeld van deze zeldzame uitzondering geldt de verwonding van een dier dat zorgen vergt en zodoende tot achtereenvolgende uitgaven noopt. Alleen in dat geval zou de latere gebeurtenis waardoor het beschadigde of vernielde goed opnieuw getroffen wordt, in aanmerking kunnen genomen worden (MAZEAUD, III, nr. 2419-6, blz. 795).

Deze zienswijze blijkt onjuist te zijn.

Aan de ene kant mocht reeds vastgesteld worden dat de schade door vernieling of ontvreemding van een zaak niet uitsluitend door de waarde van het getroffen goed bepaald wordt, maar integendeel door het belang dat de benadeelde had bij het behoud en rustig genot van deze zaak, te waarderen naar het tijdstip van de einduitspraak (zie boven, nr. 404).

Aan de andere kant is doorlopende schade, buiten het geval van persoonsschade helemaal niet denkbeeldig, maar integendeel zeer gewoon. Het *lucrum cessans* is immers niet tot de persoonsschade beperkt (*vgl.* LANGE, blz. 159 e.v.; LARENZ, I, § 14, e, blz. 119).

Denk verder aan de onbruikbaarheid van een autovoertuig, de beschadiging van een akker, een oogst of een boomgaard e.d.m.

Het onderscheid diende dus niet aldus gemaakt te worden, maar integendeel, tussen persoonsschade en zakenschade.

511 In verband met de zakenschade worden eveneens tegenstrijdige opvattingen gehuldigd.

Volgens een eerste stelling mag, na vernieling of beschadiging van een zaak, geen rekening gehouden worden met latere gebeurtenissen, — verwezenlijkte of hypothetische, — waardoor hetzelfde nadeel alleszins zou ontstaan zijn (MAZEAUD, III, nr. 2419-6, blz. 795; F.B. DOZY, *Onheils-opeenvolging*, *W.P.N.R.*, 1950, blz. 334).

Buiten het als uitzonderlijk beschouwde geval van doorlopende schade, moet, volgens deze auteurs, geen rekening gehouden worden met het later teniet gaan van de beschadigde zaak, wanneer deze latere gebeurtenis niet in oorzakelijk verband staat met de oorspronkelijke onrechtmatige daad.

Als voorbeeld geldt het geval waar een gehavende auto of een aangevaren schip teniet gaat, vooraleer de schadeloosstelling betaald is, door de aansprakelijke voor het eerste schadegeval. De latere gebeurtenis vernietigde inderdaad een in waarde verminderd goed; zij deed de oorspronkelijke schade niet verdwijnen. Die schade moet vergoed worden (MAZEAUD, III, nr. 2419-6, blz. 795).

512 Een andere auteur houdt eveneens als algemene regel voor dat, geen rekening mag gehouden worden met latere gebeurtenissen waardoor hetzelfde nadeel alleszins zou ontstaan zijn.

Als klassiek voorbeeld geldt het geval van de bankbediende die effecten ontvreemdt in een bank waarin gedurende de daaropvolgende nacht ingebroken wordt en alle waarden gestolen worden.

De schuldige bankbediende kan niet aanvoeren dat de schade bepaald en gewaardeerd wordt tussen de door hem teweeggebrachte vermogenstoestand, — verlies van de effecten, — en de toestand waarin de bank zou gekomen zijn zonder zijn onrechtmatige daad, — m.a.w. volledige plundering, — zodat hij geen schade veroorzaakte (*vgl.* VON THUR, I, § 13, blz. 76; *vgl.* KNAPPE, blz. 14).

Door dezelfde auteur wordt echter, als uitzondering op dit algemeen principe, voorgesteld dat met latere hypothetische schadegevallen, waardoor hetzelfde nadeel zou toegebracht zijn, wel rekening mag gehouden worden wanneer het later nadeel als het ware in de kiem aanwezig was. ,,Nur wenn das künftige schädliche Ereignis seinen Schatten vorauswirft in Gestalt einer Gefährdung der Sache kommt dieser Umstand in Betracht, aber nicht als Ausschlusz der Haftung, sondern als Minderung des zu zersetzenden Betrages. Denn die Gefährdung bedeutet eine dem Grade der Gefahr entsprechende Wertverminderung'' (VON THUR, I, § 13, blz. 717; zie ook LARENZ, I, § 14, e, blz. 120; *vgl.* M. VANQUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid,* 1972, nr. 202 e.v., blz. 120 e.v.).

B.v., een dier, dat reeds ziek was, wordt gedood door de aansprakelijke. Wanneer het vaststond met zekerheid of met grote waarschijnlijkheid, dat de reeds bestaande ziekte een dodelijke afloop zou gehad hebben, blijft de dader aansprakelijk voor de onrechtmatige daad die hij veroorzaakt heeft, maar de omvang kan zich door de minderwaarde van het zieke gedode dier, tot een zeer klein bedrag beperken (*vgl.* A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* 1965, nr. 158, blz. 227 met voorbeeld onder voetnoot 4).

513 [...]

514 Door anderen wordt integendeel voorgehouden dat, wanneer een latere gebeurtenis aantoont dat het nadeel, geheel of ten dele, alleszins zou ontstaan zijn, b.v. als gevolg van overmacht, hiermede rekening moet gehouden worden bij de begroting van de schadeloosstelling (DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence, R.Crit.J.B.*, 1949, blz. 91, nr. 88).

Deze regel werd geformuleerd naar aanleiding van een arrest door het Hof van Cassatie op 1 april 1943 geveld ter zake van schadeloosstelling na wanprestatie. De motieven van het arrest schijnen echter, — behoudens de vermelding van het vereiste van voorzienbaarheid dat tot de aansprakelijkheid uit overeenkomst beperkt is (zie boven, nr. 224), — eveneens geldig te zijn betreffende de schadeloosstelling na onrechtmatige daad.

De feitenrechter had vastgesteld dat zelfs zonder de wanprestatie, op grond waarvan de overeenkomst verbroken was, de schuldeiser niettemin het voordeel van de overeenkomst niet zou bekomen hebben, omdat de leveringen tengevolge van latere overheidsmaatregelen niet mogelijk zouden geweest zijn.

Het Hof van Cassatie oordeelde:

,,Attendu qu'aucune disposition légale ni aucun principe de droit n'oblige le juge chargé d'évaluer le préjudice causé par la rupture d'un contrat de se placer nécessairement au jour de la rupture; que sa seule obligation est d'évaluer la hauteur du préjudice de telle manière qu'elle corresponde exactement au dommage qui était réellement à prévoir et qui a été réellement subi;

que lorsqu'il s'agit de rechercher quel a été le préjudice réel occasionné par un manquement préexistant, il ne saurait lui être fait grief d'éclairer sa religion sur ce point par la constatation de faits et de circonstances qui enlèvent toute vraisemblance aux conjectures qu'on lui propose'' (Cass., 1 april 1943, *Pas.*, 1943, I, 123; in dezelfde zin, vanuit het standpunt van het oorzakelijk verband: H. NIEDERLÄNDER, *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, A.c.P.*, 153 (1954), blz. 51 e.v.).

Hierbij wordt volledig onbesproken gelaten het probleem dat in verband met dit arrest kan oprijzen, nl. in hoever de schuldenaar niet instaat voor de gevolgen van overheidsmaatregelen op economisch gebied, bijaldien de overeenkomst aangegaan werd op een tijdstip waarop het systeem van de reglementering zelf bestond, en partijen dienvolgens in hun voorzieningen tot de mogelijkheid van een dergelijke effectieve overheidsmaatregel konden besluiten. M.a.w. de vraag blijft bestaan of de getroffen overheidsmaatregel, genomen krachtens de reglementering, die in voege was ten tijde van het aangaan van de overeenkomst, niet kan behoren tot een der door de partijen opgenomen risico's (*vgl.* wat de wisselcontrole betreft G. VAN HECKE, *Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales, Ann.Dr.Sc.Pol.*, dl. XIV (1954), blz. 53 e.v., meer bepaald blz. 58 e.v.).

515 In die zin ook werd door RIPERT en BOULANGER voorgehouden, dat vermits de schade op het tijdstip van de uitspraak moet begroot worden, geen schadeloosstelling verschuldigd is wanneer de schade verdwijnt, b.v. wanneer een aangevaren schip, nadien, door toeval volledig teniet gaat vóór de einduitspraak (PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, II, (1952), nr. 1157, blz. 411).

Dezelfde stelling wordt door L. RIPERT verdedigd: ,,Lorsque par suite d'un cas fortuit le dommage dont il est demandé réparation a disparu au moment du jugement, l'indemnité, ... ne peut être allouée à la victime'' (L. RIPERT, nr. 156, blz. 173).

Inderdaad, indien het recht op schadeloosstelling met de schade ontstaat, moet de begroting op het tijdstip van de uitspraak gedaan worden: ,,Si le dommage est apprécié dans son étendu au jour du jugement, c'est ce jour-là que l'on doit voir s'il existe encore, et, s'il a disparu, l'indemnité ne pourra plus être calculée'' (*ibid.*, nr. 157, blz. 173).

516 Evenals betreffende de persoonsschade (zie boven, nr. 506), schijnt hier ook de oplossing van het vraagstuk gemakkelijker te vinden, wanneer de latere gebeurtenis een aanspraak op schadeloosstelling doet of zou kunnen doen ontstaan voor de benadeelde, of wanneer zij de verwezenlijking was van een door hem verzekerd risico.

Indien b.v. een beschadigde auto vóór de uitspraak een tweede maal aangereden en volledig vernield werd, of nog, indien een reeds gehavend schip een tweede maal aangevaren wordt, zal elke dader instaan voor de door hem veroorzaakte schade.

Het werd goed opgemerkt door L. RIPERT: ,,Tout le préjudice qui ne sera pas réparé par la deuxième action en responsabilité et qui proviendra du premier accident, devra être réparé'' (nr. 158, blz. 176).

517 Moeilijker zijn de hypotheses waar de andere gebeurtenis geen aansprakelijkheid van een derde medebrengt, b.v. waar het tweede schadegeval door toeval ontstaat, waarvoor niemand instaat.

Hier zal eventueel met de verzekering kunnen rekening gehouden worden.

Indien b.v. na een diefstal, het huis van de benadeelde tengevolge van een vreemde oorzaak volledig afbrandt, kan de dief er zich niet op beroepen dat de door hem ontvreemde waarden alleszins door brand zouden vernietigd geweest zijn. Inderdaad, de verzekeraar moet niet vergoeden hetgeen door de diefstal ontvreemd werd, en niet door de brand vernield werd.

Indien de diefstal niet gepleegd was, dan zouden immers deze waarden door brand vernietigd zijn, en door de verzekeraar vergoed worden.

In een ander geval, nl. in het klassieke voorbeeld van het zwaar gekwetste dier of van de zwaar gehavende auto, zal de verzekeraar slechts de waarde van een stervend dier, of van het kadaver, of van het wrak moeten vergoeden, terwijl de dader door wie het dier gekwetst werd of door wie de auto stuk gereden werd, tot volledige schadeloosstelling gehouden blijft onder aftrek van de waarde van het kadaver of van het wrak, die in elk geval toe te rekenen was.

518 Blijft dan nog de mogelijkheid van een niet of niet voldoend verzekerde ramp.

Het komt voor dat in vele gevallen rekening moet gehouden worden met latere gebeurtenissen, zowel verwezenlijkte, als door de onrechtmatige daad verhinderde of ingehaalde gebeurtenissen, waardoor hetzelfde nadeel geheel of ten dele alleszins zou ontstaan zijn.

Wanneer een wisselagent een bepaald bedrag ontvangt om bepaalde effecten te kopen, en dit verspilt, zal de schade met inachtneming van de waarde van deze effecten op het tijdstip van de einduitspraak kunnen bepaald worden.

Even logisch en billijk is het dan ook rekening te houden met hun waardevermindering, tenware, met inachtneming van de omstandigheden mag aanvaard worden dat de benadeelde in het bezit van deze waarden zou gesteld zijn en op een gunstiger ogenblik zou verkocht hebben (zie boven, nr. 405).

In die zin ook zou na beschadiging van een bouwvallig verklaard huis moeten rekening gehouden worden met de zekerheid dat het zou moeten afgebroken worden.

In die zin ook wordt algemeen aanvaard dat, wanneer de nabestaanden, naar redelijke verwachting, het gedode slachtoffer zouden overleefd hebben, en derhalve alleszins eenmaal de uitgave voor zijn uitvaart zouden moeten dragen, deze uitgave niet volledig vergoed dient te worden; alleen de vervroeging van deze uitgave kan als schade beschouwd worden (zie verder, nr. 813).

De onbillijke oplossingen van dit principe schijnen wel tot de hypotheses van de theorie beperkt te blijven.

Men geeft hierbij het voorbeeld van de dief die er zich op beroept dat na zijn diefstal, het huis volledig teniet ging door toeval. Welnu in dat geval is luidens artikel 1302, vierde lid, B.W. bepaald dat de dief hierdoor niet bevrijd wordt van zijn verplichting om de tegenwaarde te vergoeden.

Anderzijds bepaalt artikel 1302 B.W., — dat, waar het diefstal vermeldt, niet uitsluitend de verbintenis uit overeenkomst schijnt te betreffen, — in het tweede lid dat, zelfs wanneer de schuldenaar in gebreke is, en indien hij het risico van het toeval niet op zich nam, de verbintenis tot het geven van een bepaalde zaak te niet is, in geval de zaak eveneens bij de schuldeiser zou teniet gegaan zijn, was zij hem geleverd geweest.

In deze bepaling ziet DE PAGE ten onrechte een loutere toepassing van het causaliteitsvereiste.

Wel mag met deze auteur aanvaard worden dat de onmogelijkheid om zich op deze bevrijding te beroepen, bepaald in het vierde lid, niet mag uitgebreid worden door analogie tot andere gevallen, zoals misbruik van vertrouwen en oplichting (DE PAGE, II, nr. 607, 3°, blz. 610; *vgl.* ook P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours de responsabilités. Conventions d'irresponsabilité, R.Trim. Dr.Civ.*, 1934, 324; VON THUR, *Obligationenrecht*, I, § 13, I, blz. 76, voetnoot 26, in verband met de gelijkaardige bepalingen in art. 103, 306 en 474 O.R.; *vgl.* ook § 287 en § 848 B.G.B.).

De bepaling van artikel 1302, tweede lid, B.W. schijnt wellicht o.m. wegens de zware bewijslast die op de aansprakelijke rust, nooit toegepast te worden (*vgl.* OFTINGER, I, § 3, V, E, blz. 91). En evenals deze hypothese door de wet voorzien, zal dit waarschijnlijk ook het geval zijn met de ongewenste hypotheses die tot nog toe steeds in de theorie uitgedacht zijn als bezwaar tegen het in aanmerking nemen van de hier besproken latere gebeurtenissen.

In een ander geval kan de onbillijke oplossing eens te meer vermeden worden met beroep op een bijzondere wettekst, die ter zake dient toegepast te worden, terwijl bij de toepassing van artikel 1382 B.W. niet mag vergeten worden dat dezelfde aangelegenheid nog door andere normen kan beheerst blijven.

In het schoolse voorbeeld van de oneerlijke bankbediende (zie boven, nr. 512), is het weliswaar zeker dat hetzelfde vermogensverlies door de bank zou geleden zijn tengevolge van de later gepleegde diefstal.

De dief is echter niet aansprakelijk voor het door de bankbediende ontvreemde bedrag, hij heeft het in werkelijkheid niet ontvreemd; de bankbediende is tot restitutie verplicht.

HOOFDSTUK IX

TOEREKENEN VAN VOORDELEN ONTSTAAN IN VERBAND MET DE ONRECHTMATIGE DAAD OF MET DE SCHADELOOSSTELLING

AFDELING I

HET VRAAGSTUK — TERMINOLOGIE

519 De vermogensschade werd bepaald als de uitslag van de vergelijking tussen de huidige toestand van de benadeelde en die waarin hij zou verbleven of gekomen zijn, was de onrechtmatige daad niet verricht (zie boven, nr. 22).

Aan de andere kant wordt onder schadeloosstelling verstaan: de benadeelde zo goed mogelijk in de toestand brengen, waarin hij verbleven of gekomen was, indien de onrechtmatige daad niet verricht was, en zulks, ten laste van de aansprakelijke of voor diens rekening (zie boven, nr. 220).

Welnu, de ervaring leert in sommige gevallen dat het schadeberokkenend feit, benevens de verliezen die het voor de benadeelde betekent, hem tevens een voordeel kan verschaffen, hetzij een onmiddellijke vermogensvermeerdering, hetzij een besparing van uitgaven.

Denk aan het schoolse voorbeeld van de schatvinding in een vernield huis (VON THUR, § 13, II, blz. 86), of nog, aan de prijs die gewonnen werd met een renpaard nadat het door een jockey zo afgemat werd dat het sterft (ASSER/LOSECAAT/VERMEER, blz. 192; GLARNER, blz. 49; zie verder, nr. 538).

Denk verder aan de uitsparingen die de gekwetste doet tijdens zijn opneming in de kliniek.

Vervolgens kan een voordeel ontstaan doordat, onafhankelijk van de schadeloosstelling door de aansprakelijke verschuldigd, het schadegeval aanleiding gaf tot al dan niet verschuldigde uitkeringen door derden of door de aansprakelijke zelf gedaan.

Dit is nl. het geval waar derden, of de aansprakelijke, tot uitvoering van een door hen aangegane verbintenis of uit vrijgevigheid, uitkeringen deden aan de benadeelde, zoals b.v. de betaling van een verzekerd kapitaal, een pensioen, of bijdragen uit liefdadigheid.

Ten slotte kan een voordeel ontstaan door de schadeloosstelling zelf.

Dit is het geval waar de eigenaar van een gedood dier of van een vernielde zaak de waarde van het kadaver of van het wrak behoudt, naast de volledige schadeloosstelling.

Dit is ook het geval, waar bij de herstelling van een beschadigde zaak nieuwe materialen gebruikt worden en uit het verschil van oud tot nieuw, een meerwaarde ontstaat.

520 Deze mogelijkheden geven aanleiding tot het vraagstuk van het toerekenen van dergelijke voordelen op de door de aansprakelijke verschuldigde schadeloosstelling.

M.a.w., ofwel wordt bij de waardering van de schade de vraag gesteld of dit voordeel in de vermogensvergelijking al dan niet moet begrepen worden, ofwel wordt de vraag gesteld of de uitkering door derden als schadeloosstelling mag beschouwd worden. In elk geval gaat het er om te weten of het voordeel mag toegerekend worden, of, anders uitgedrukt, of de benadeelde dit voordeel mag behouden samen met de schadeloosstelling.

Er moet derhalve uitgemaakt worden of, met het behouden van het voordeel door de benadeelde, geen inbreuk zou gemaakt worden op het grondprincipe dat de schadeloosstelling strekt tot vergoeding van geheel de schade, maar niets dan de schade (zie boven, nr. 230), zodat de benadeelde in het hem toegekende herstel, verlies noch voordeel vindt (zie boven, nr. 233).

Dat in bepaalde gevallen een voordeelstoerekening noodzakelijk blijkt, zou vereist zijn door het principe volgens welk de benadeelde na de betaling van de schadeloosstelling niet in een betere vermogenstoestand mag komen dan diegene waarin hij zou gebleven zijn, moest de onrechtmatige daad niet verricht zijn (A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* 1965, nr. 218 e.v., blz. 314 e.v.; ASSER-RUTTEN, III, *De verbintenis uit de wet,* blz. 89; ENNECCERUS-LEHMANN, § 17, II, blz. 79 e.v.; LARENZ, I, § 14).

De toerekening van het voordeel op de schadeloosstelling, strekkend tot het voorkomen van een verrijking van de benadeelde door de schadeloosstelling, doet echter de vraag oprijzen of hierdoor geen ongegrond voordeel aan de aansprakelijke verschaft wordt, en of de verbintenis tot schadeloosstelling hierdoor niet ten laste van een andere persoon dan de aansprakelijke gelegd wordt.

De vraag is dan of na de toerekening van het voordeel, de schade nog volledig vergoed wordt, vermits alle schade die niet door de aangesprokene of voor diens rekening vergoed wordt, vanwege de benadeelde een aanspraak zonder voldoening laat (*vgl.* boven, nr. 220, slot).

521 Het vraagstuk komt van oudsher voor in het recht van het Europese vasteland, alhoewel het op het nader omschreven probleem van de cumulatie van uitkeringen door derden met de schadeloosstelling, in het Belgische en Franse recht eerder recent is.

Reeds vóór de codificaties van de XIXe eeuw bestond het probleem van de *compensatio lucri cum damno (vgl.* o.m. VON THUR, I, § 13, II, blz. 75). Het vraagstuk overleefde de latere burgerlijke wetboeken die er geen oplossing voor gaven, evenmin in de naburige landen als zulks met de *Code civil* het geval was.

Het vraagstuk werd voor het eerst in Duitsland op het wetenschappelijke plan in zijn geheel behandeld. Deze rechtsleer zou invloed uitoefenen buiten Duitsland zowel op de Zwitserse als op de Nederlandse rechtsleer (zie o.m. de literatuuropgave in GLARNER, blz. 49, voetnoot 3).

522 In België evenals in Frankrijk werd nagelaten het vraagstuk in zijn geheel te

bestuderen. De samenhang die bestaat tussen de verschillende concrete problemen of tussen de probleemtypes werd doorgaans veronachtzaamd, in tegenstelling met hetgeen in de rechtspraak en rechtsleer der naburige landen te bemerken viel.

Deze samenhang werd wel door DELVAUX (noot onder Luik, 13 juli 1950, *J.T.*, 1950, 639) erkend.

Meestal wordt in Frankrijk en België slechts één der mogelijke gevallen van voordeelstoerekening op samenhangende wijze bestudeerd, nl. dit waar het schadegeval aanleiding geeft tot uitkeringen door derden, andere dan de aansprakelijke. Men spreekt dan doorgaans van *le problème du cumul d'indemnités*.

SAVATIER spreekt van *dommages réparables ou compensables à plusieurs titres* (SAVATIER, II, nr. 576, blz. 159).

Opvallend is, hoe in België en Frankrijk doorgaans het vraagstuk van de zogenaamde *cumulatie* helemaal niet in verband gebracht wordt met de behandeling van de vraag of het voordeel door de onrechtmatige daad teweeggebracht, of door het herstel ontstaan, toe te rekenen is. Aldus b.v. behandelen PIRSON en DE VILLÉ en ook DE PAGE slechts de vraagstukken die oprijzen naar aanleiding van uitkeringen door derden (PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, blz. 534 e.v.; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033, blz. 1084 e.v.), terwijl bij MAZEAUD dit vraagstuk in deel I ter sprake komt (MAZEAUD, I, 1965, nr. 232, blz. 291), en de voordelen samen met de schade of met de schadeloosstelling ontstaan in het derde deel bestudeerd worden (MAZEAUD, III, 1978, 2402, blz. 764 e.v.).

Maar ook het onderscheid tussen de problemen wordt bij hun behandeling vaak miskend.

Aldus wordt b.v. nagelaten een duidelijk onderscheid te maken tussen aan de ene kant het geval waar het voordeel uit de schadeloosstelling ontstaat — b.v. door het verschil van oud tot nieuw na herstel — en aan de andere kant, het geval waar het voordeel samen met de schade door de onrechtmatige daad teweeggebracht wordt (*vgl.* MAZEAUD, III, 1978, nr. 2402, blz. 764 e.v.; *vgl.* ook WOLFSBERGEN, blz. 199).

Men kan onmiddellijk het grote verschil tussen beide hypotheses onderstrepen.

523 In verband met terminologie, mag onmiddellijk onderstreept worden dat de miskenning van de innerlijke samenhang van het leerstuk in België en Frankrijk ook tot uiting komt in een gebrekkige terminologie.

Men spreekt er van *le problème du cumul d'indemnités*.

Vooreerst zal echter de vraag gesteld worden of de, al dan niet met de schadeloosstelling samen te voegen of te cumuleren uitkeringen, een vergoeding van de schade, *indemnité*, uitmaken.

Weliswaar wordt op dit meer beperkte gebied ook in Duitsland weleens gesproken van *Duplizierung* of van *Kumulieren der Ansprüche*. Het laatste woord is juister gekozen dan waar sprake is van al dan niet te cumuleren vergoedingen.

Vervolgens zijn deze uitkeringen, zoals opgemerkt werd (zie boven, nr. 519), niet de enige voordelen waaromtrent het vraagstuk van de toerekening rijst.

In de meeste naburige landen wordt een ruimere terminologie gebezigd.

Men spreekt in Nederland van het toerekenen der voordelen, of van de voordeelstoerekening, zoals in Duitsland en Zwitserland van *Vorteilsausgleichung* of *Verteilsanrechnung*, en zulks in aansluiting van oudsher gekende probleem der *compensatio lucri cum damno* (Nederland: A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 1965, nr. 217, blz. 313; BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 26; ASSER-RUTTEN, III, *De verbintenis uit de wet*, blz. 89;

Zwitserland: VON THUR, I, § 13, II, blz. 85; OFTINGER, I, § 6, II, A, blz. 134; J. GLARNER, *Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung*, blz. 52; Duitsland: ENNECCERUS-LEHMANN, § 17, II, blz. 79; LARENZ, I, § 14, c, blz. 114; REIFFERSCHEID/BÖCKEL/BENSELER, *Lexikon des Rechts*, 1968, 1, II, 385).

Toerekenen betekent inderdaad: iets ten voordele of ten nadele van iemand laten gelden, op iemands krediet- of debetzijde plaatsen.

Men zou ook het woord aanrekenen mogen bezigen; het eerste schijnt echter de voorkeur te genieten.

Dergelijke terminologie zal hier aan te wenden zijn, omdat zij toelaat de hele problematiek in haar samenhang te omvatten.

AFDELING II

ALGEMENE VEREISTEN DER VOORDEELSTOEREKENING

§ 1. Rechtspleging — Bewijs en bewijslast

524 Het vraagstuk betreft dus het al dan niet toerekenen van een aangevoerd voordeel op de schadeloosstelling, die door de aansprakelijke verschuldigd is.

Het gaat hier echter geenszins over een schuldvergelijking.

De gebruikte uitdrukkingen *compensatio* of *Ausgleichung* zouden ten onrechte de rechtsfiguur van de schuldvergelijking kunnen oproepen.

Toch is daarvan geen sprake.

De schuldvergelijking onderstelt immers, luidens artikel 1289 B.W. en artikel 464 Rv. dat de twee partijen jegens elkaar schuldenaar en schuldeiser zijn. In het besproken geval echter bestaat slechts *één enkele verbintenis*, nl. de verbintenis tot schadeloosstelling, die door de aansprakelijke moet voldaan worden. Laatstgenoemde kan in de regel geen enkele schuldvordering laten gelden jegens de benadeelde, in verband met het al dan niet toe te rekenen voordeel, met uitzondering van de hypothese waar hij zou beschikken over de vordering wegens vermogensverschuiving zonder rechtsgrond.

Wanneer de vraag omtrent de toerekening bevestigend beantwoord wordt, geschiedt hierdoor geen gehele of gedeeltelijke betaling van de schuld van de aansprakelijke, zoals dit bij schuldvergelijking het geval is.

Het gaat hier slechts over de juiste begroting van de omvang van de verbintenis tot schadeloosstelling die slechts vanwege de aansprakelijke bestaat (*vgl.* A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding uit onrechtmatige daad*, 1965, nr. 218, blz. 315).

Daarom is voor de voordeelstoerekening ook geen wedereis vereist, in tegenstelling met de gevallen van gerechtelijke schuldvergelijking tussen schuldvorderingen die niet effen zijn.

De rechter mag dan ook, binnen de perken van de besluiten van eis en verweer, ten aanzien van de gestelde en voor hem bewezen feiten, ambtshalve de voordeelstoerekening toepassen bij zijn soevereine begroting van de schade en de schadeloosstelling (VON THUR, I, § 13, II, blz. 85; OFTINGER, I, § 6, II, A, blz. 134;

ENNECCERUS-LEHMANN, § 17, II, blz. 79; GLARNER, blz. 51 e.v.; GEIGEL, blz. 12 e.v.; WOLFSBERGEN, blz. 199).

525 Vooreerst kan het bestaan van het aangevoerde voordeel betwist worden.

De bewijslast hiervan rust op de aansprakelijke die zich hierop beroept, om de *prima facie* vaststaande omvang te doen vaststellen (*vgl.* boven, nr. 83 en 496; in die zin wat de voordeelstoerekening betreft: ENNECCERUS-LEHMANN, § 17, II, blz. 81; R. GEIGEL, *Der Haftpflichtprozess,* blz. 12; OFTINGER, I, § 6, II, C, blz. 140; BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 31; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding uit onrechtmatige daad,* 1965, nr. 225, blz. 325; H.R., 12 jan. 1973, *N.J.*, 1977, 177, met noot A.R.B.).

526 De vereiste zekerheid betreft vooreerst de werkelijkheid van het aangevoerde voordeel.

Aldus b.v. wordt ten aanzien van de feiten betwist of de opneming van het slachtoffer in een kliniek een werkelijke uitsparing van kosten en uitgaven uitmaakt, in vergelijking met andere bijkomende uitgaven die dit verblijf meebrengt (zie verder, nr. 1101).

Vervolgens is zekerheid vereist nopens de verwezenlijking van het voordeel. Loutere mogelijkheden volstaan dan ook niet.

Dit werd b.v. reeds aanvaard, waar de uitsluiting van loutere risico's niet in acht genomen werden bij de begroting van de omvang van de schade (zie boven, nr. 500).

Bovendien moet de zekerheid vaststaan dat het werkelijk voordeel niet zou genoten zijn indien de schade niet geleden was.

De vaststelling van de schade en de begroting van haar omvang onderstelt immers de vergelijking tussen de door de onrechtmatige daad veroorzaakte toestand aan de ene kant, en de hypothetische toestand waarin hetzelfde vermogen gekomen zou zijn indien het schadeberokkenend feit niet zou geschied zijn (zie boven, nr. 22). Het gaat dus niet over de vergelijking tussen de toestanden vóór en na het schadegeval, maar tussen wat nu is, en anders zou zijn.

Aldus b.v. zal de meerwaarde voor een beschadigde eigendom ontstaan door de uitvoering van werken, waardoor het tevens beschadigd werd, niet toe te rekenen zijn. Zonder deze beschadiging was dit voordeel immers ook genoten, evenals dit voor de aanpalende, niet beschadigde eigendommen het geval was (zie verder, nr. 539).

Aldus ook zal het openvallen van een nalatenschap niet toe te rekenen zijn op de vergoeding aan de erfgenaam van een gedood slachtoffer verschuldigd (zie verder, nr. 540).

527 Vanzelfsprekend moet het bestaan en de omvang van het toe te rekenen voordeel, vastgesteld en gewaardeerd worden naar het tijdstip van de einduitspraak (R. GEIGEL, *Der Haftpflichtprozess,* blz. 12 e.v.).

Het gaat hier immers om niets anders dan om de begroting van de zo juist mogelijke schadeloosstelling (zie betreffende het algemeen principe, boven, nr. 368 e.v.).

528 Er dient reeds opgemerkt te worden dat in bepaalde gevallen de boven omschreven zekerheid van het voordeel nog niet zal volstaan; er zal een bijkomend vereiste onmisbaar blijken ten einde ongewenste oplossingen te voorkomen, nl. het ontbreken van een voldoende rechtsgrond opdat de benadeelde het vaststaande voordeel zou behouden (zie verder, nr. 566 e.v.).

§ 2. Geen algemeen criterium voor de toerekening

529 Na het onderzoek nopens de zekerheid van het aangevoerde voordeel, rijst de vraag op naar een bruikbaar algemeen criterium, volgens welk het vaststaand voordeel al dan niet toe te rekenen is.

In de rechtsleer en de rechtspraak bestaat grote verdeeldheid over de probleemstelling zelf, en over de oplossing van het vraagstuk.

Men is het er slechts, zowel hier te lande als in het buitenland, eens om te erkennen dat het vraagstuk moeilijk op te lossen is.

Er werd moeizaam gezocht naar een algemeen criterium naar hetwelk in alle gevallen zou kunnen bepaald worden of een voordeel al dan niet op de schadeloosstelling toe te rekenen is (zie o.m. J. GLARNER, *Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung*, blz. 30 e.v.).

530 Men heeft in België wel eens gedacht dat de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie betreffende de in acht te nemen latere gebeurtenissen bruikbaar zou zijn (PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1949, blz. 70; *vgl.* de toepassing in: Gent, 8 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 798).

Volgens deze rechtspraak mag de latere gebeurtenis, waardoor de toestand van de benadeelde partij verergerd of verbeterd zou zijn — ter zake het voordeel — niet in aanmerking genomen worden wanneer zij vreemd is aan de onrechtmatige daad en aan de schade (zie over deze rechtspraak boven, nr. 381 e.v.).

Deze op zichzelf duistere formule is echter onvoldoende gebleken.

531 In rechtsleer en rechtspraak werd even vruchteloos voorgesteld in het oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en het voordeel, het algemeen geldende criterium voor de voordeelstoerekening te vinden. Dezelfde bewoordingen dekken hierbij niet altijd dezelfde inhoud.

532 In een eerste stelsel, dat vooral in het recht der naburige landen geldt, moet het zelfde oorzakelijk verband tussen voor- en nadeel vaststaan, als tussen de onrechtmatige daad en de schade.

M.a.w. slechts dat voordeel is toe te rekenen dat op dezelfde wijze veroorzaakt is als de schade.

Daar dit stelsel mede de theorie van de adequate causaliteit onderstelt, betekent zulks

dat het toe te rekenen voordeel in overeenstemming met de gewone gang van zaken niet als buitengewoon moet kunnen beschouwd worden, maar integendeel, naar ervaringsregelen, samen met de schade als een redelijk te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad mag erkend worden (VON THUR, I, § 13, II, blz. 86; GUHL, § 10, III, C, blz. 67; GEIGEL, blz. 12 e.v.; WOLFSBERGEN, blz. 199; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding uit onrechtmatige daad,* 1965, nr. 220, blz. 318).

Maar ook in dit stelsel blijkt het criterium niet voldoende, aangezien het moet aangevuld worden, b.v. door een uitzondering te maken op de regel wanneer de aansprakelijke door de voordeelstoerekening op een onbillijke wijze zou begunstigd worden, of nog waar het voordeel te wijten is aan een inspanning van de benadeelde, die hierbij de maat overschreden had van hetgeen redelijk van hem mocht verwacht worden (ENNECCERUS-LEHMANN, § 17, II, blz. 79; LARENZ, I, § 14, c, blz. 114; A.R. BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 220, blz. 318 e.v.).

Een andere maal geldt als uitzondering het geval waar uitkeringen door een derde gedaan worden, en dus niet veroorzaakt zijn door hetzelfde schadeberokkenend feit, maar niettemin gedaan werden met de bedoeling om de schade te vergoeden (WOLFSBERGEN, nr. 199).

Zo kan in dit verband nog melding gemaakt worden van art. 6.1.9.5 van het nieuw Ned. B.W. dat stelt dat eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht.

533 In een ander stelsel, dat ook hier te lande evenals in het buitenland toegepast wordt, wordt het woord oorzaak in een dubbelzinnige betekenis gebruikt, waar men als regel vooropstelt dat de voordelen die een andere oorzaak hebben dan de onrechtmatige daad, niet toe te rekenen zijn.

Deze formule wordt vooral gebruikt om de vraag op te lossen of uitkeringen door derden gedaan (verzekerd kapitaal, pensioen, e.d.m.), als voordeel toe te rekenen zijn.

Men houdt dan voor dat deze uitkeringen een andere oorzaak hebben dan de onrechtmatige daad, en nl. de overeenkomst of de rechtsverhouding met de derde die de besproken uitkeringen doet (zie de rechtspraak aangehaald verder, onder nr. 566).

Het woord oorzaak is hier dubbelzinnig. Het verband tussen onrechtmatige daad en schade is er een van feitelijke causaliteit.

Waar het integendeel de besproken uitkering betreft, betekent oorzaak niets anders dan rechtsgrond. Het gaat er ditmaal om het juridische verband tussen rechtsgrond en rechtsgevolg, en geenszins tussen oorzaak en gevolg (OFTINGER, I, § 6, II, blz. 134 e.v.; *vgl.* B.J. VAN RIJN, 1939, 337).

Dergelijke dubbelzinnigheid verschaft geen oplossing maar verschuift het vraagstuk, of minstens, het verduikt een andere niet uitgedrukte oplossing.

Deze dubbelzinnigheid zal kunnen vermeden worden waar de toerekening ter sprake is van uitkeringen naar aanleiding van het schadegeval gedaan, en voor welke een andere rechtsgrond of juridische oorzaak kan erkend worden dan voor de schadeloosstelling. Waar men zegt dat de twee aanspraken van de benadeelde hun eigen oorzaak

in de zin van rechtsgrond hebben, en derhalve de cumulatie moet aanvaard worden, blijft men buiten het vraagstuk van het oorzakelijk verband en is de dubbelzinnigheid vermeden (zie verder, nr. 566).

In de Belgische rechtspraak zal de hier gesignaleerde dubbelzinnigheid voorkomen bij de oplossing van het vraagstuk van het verhaalsrecht van de derde die de al dan niet toe te rekenen uitkeringen deed (zie verder, nr. 1026).

534 De enige manier om de oplossing van het vraagstuk te benaderen lijkt wel een typologisch onderzoek.

Verschillende pogingen werden in die zin gedaan.

RUTTEN onderscheidde aldus drie mogelijke gevallen.

Een eerste, waar het voordeel hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks door de onrechtmatige daad zelf veroorzaakt is.

Vervolgens de verbetering van nieuw voor oud.

Ten slotte het geval waar de benadeelde tengevolge van de onrechtmatige daad, een aanspraak op een derde verkrijgt (ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, II, blz. 525).

BLOEMBERGEN, aan de andere kant, maakte een onderscheid tussen twee groepen.

Een eerste waar het voordeel met de schade zelf ontstaat, in hetzelfde oorzakelijk verband met de onrechtmatige daad, buiten alle tussenkomst van derden.

Een tweede waar het voordeel door een derde verschaft wordt (BLOEMBERGEN, blz. 37 e.v.).

GLARNER, ten slotte, onderscheidt eveneens twee groepen die hij verder onderverdeelt. Vooreerst is er de onmiddellijke veroorzaking van schade en voordeel door éénzelfde feit. Vervolgens zijn er gevallen waar het voordeel niet onmiddellijk aan hetzelfde feit toe te schrijven is, maar het gevolg is van een ander onmiddellijke oorzaak, dan diegene die de schade veroorzaakte.

Hieronder onderscheidt hij dan de voordelen ontstaan uit de persoonlijke handelingen van de benadeelde, van de aansprakelijke, of van een derde, GLARNER, blz. 60 e.v.).

535 Bij ontbreken van een algemeen geldend criterium, schijnt het duidelijker de volgende rangschikking van de al dan niet toe te rekenen voordelen als uitgangspunt te nemen.

1) Voordelen, vóór de schadeloosstelling samen met de schade ontstaan, als gevolg van de onrechtmatige daad.

2) Voordelen aan het optreden van de benadeelde zelf te wijten.

3) Voordelen door de schadeloosstelling verschaft.

4) Voordelen uit uitkeringen die verband houden met het schadegeval, hetzij zij door de aansprakelijke zelf, hetzij door derden gedaan zijn (cumulatie van aanspraken).

De vereisten der toerekening zullen niet dezelfde zijn in deze verschillende gevallen.

AFDELING III

TOEPASSINGSGEVALLEN

§ 1. Voordelen samen met de schade, door de onrechtmatige daad zelf veroorzaakt

536 Zoals reeds opgemerkt werd kan het voorkomen dat — werkelijk of schijnbaar — de onrechtmatige daad zelf, afgezien van de schadeloosstelling die hiervoor verschuldigd is, aan de benadeelde voordeel toebrengt.

Als klassiek voorbeeld geldt het winnen van de prijs met het tot dood afgematte renpaard (zie boven, nr. 519 en verder, nr. 538).

Men kan voor de duidelijkheid van de uiteenzetting achtereenvolgens behandelen de hypotheses waar het voordeel bestaat in een positieve vermogensvermeerdering en die waar het voordeel bestaat in een besparing van uitgaven of het voorkomen van nadelen.

A. POSITIEVE VOORDELEN

537 Het juiste criterium blijkt ter zake gelegen te zijn in het dubbele vereiste van oorzakelijk verband en zekerheid. Herhaaldelijk werd reeds de nadruk gelegd op het causale en hypothetische karakter van het schadebegrip (zie boven, nr. 22, *in fine*, en nr. 399).

Welnu, aan de ene kant kan, ten aanzien van het causale karakter, reeds vastgesteld worden dat waar een latere gebeurtenis een voordeel toebracht aan de benadeelde, in oorzakelijk verband met de onrechtmatige daad, de, door de aansprakelijke veroorzaakte schade in die mate verminderd is, zodat hij dan ook slechts de verminderde omvang moet vergoeden.

Maar bovendien moet, ten aanzien van het hypothetische karakter van het schadebegrip, zeker vaststaan dat het voordeel aan de benadeelde zeker niet zou te beurt gevallen zijn, was hem geen schade veroorzaakt (zie boven, nr. 391 en 526).

Toevallig is de oplossing hier in overeenstemming met diegene die in naburige landen gehuldigd wordt met aanvaarding van de theorie der adequate veroorzaking. Daar wordt hetzelfde vereiste van adequate causaliteit aangewend bij de voordeelstoerekening als bij het onderzoek naar het oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade (zie boven, nr. 532).

538 Een eigenaardig geval, dat tijdens de jongste wereldoorlog moest beslecht worden, kan dit vooreerst duidelijk maken.

Vijvers waren in aanzienlijke mate bevuild door de toevoer van schlam langs een riviertje van uit een stroomopwaarts gelegen koolmijn. Nadat de benadeelde zijn eis tot schadeloosstelling ingesteld had, brak de oorlog uit, en ontstond kolenschaarste, zodat de aangespoelde schlam waarde verkreeg en, in werkelijkheid, door de oorspronkelijk benadeelde eigenaar gerecupereerd werd. Het Hof te Luik oor-

deelde dat deze waarde op de schadeloosstelling diende toegerekend te worden (Luik, 2 nov. 1948, *Pas.*, 1949, II, 66; *R.G.A.R.*, 1950, 4701; *vgl.* het geval der voordeelbijbrengende mijnschade bij DEMOGUE, IV, nr. 466; MAZEAUD, III, 197, nr. 2402, blz. 764; zie ook het Nederlandse Duinwaterarrest van 18 febr. 1944, bij ASSER-RUTTEN, III, *De verbintenis uit de wet*, blz. 89; A.R. BLOEMBERGEN, *a.w.*, nr. 232, blz. 332-333).

Op dezelfde gronden moet aangenomen worden dat de prijs in de renwedstrijd gewonnen, toe te rekenen is op de schadeloosstelling voor het gedode paard, evenals het toerekenen van het voordeel ontstaan voor het invalide slachtoffer uit de vrijstelling van legerdienst (zie verder, nr. 542; *vgl.* DABIN/LAGASSE, *R.Crit.J.B.*, 1952, blz. 95, nr. 55).

539 Het probleem komt meer voor bij betwistingen van nabuurschade.

Indien b.v. een fabriek, door haar uitwasemingen of andere nadelen, schade toebrengt, kan tevens een voordeel ontstaan zijn voor de benadeelde, doordat zijn grond bouwgrond geworden is tengevolge van het optrekken van een naburig nijverheidscomplex.

Er werd wel eens beslist dat dit voordeel toe te rekenen was (Brussel, 7 juli 1873, *Belg.Jud.*, 1873, 1411).

In de thans geldende stelling van de aansprakelijkheid voor schuldige nabuurschade wordt deze stelling verworpen (DERINE/VAN NESTE/VANDENBERGHE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, I, A, nr. 277, blz. 516 e.v.; DALCQ, I, nr. 705; Cass., 7 april 1949, *Pas.*, I, 1949, 273; *R.Crit.J.B.*, 1949, 301, met noot DABIN; *J.T.*, 1950, 634; Cass., Volt. zitting, 6 april 1960, *Arr.Cass.*, 1960, 722; *Pas.*, I, 1960, 915; *R.G.A.R.*, 1960, 6557 met conclusie van advocaat-generaal MAHAUX en met noot DALCQ; *R.Crit.J.B.*, 1960, 257 met noot DABIN; *J.T.*, 1960, 339 met noot DE MEULDER; Luik, Ver. Kamers, 13 juli 1950, *J.T.*, 1950, 634 met noot DELVAUX; Brussel, Ver. Kamers, 28 dec. 1949, *R.G.A.R.*, 1950, 4582).

Op grond van hetzelfde criterium dient het voordeel met de nabuurschade ontstaan niet toegerekend te worden. Het voordeel was ook zonder de schade ontstaan. Dit was nl. het geval voor de naburige eigendommen waarvan waarde ook door de uitgevoerde werken, het aanleggen van een nieuwe laan e.d.m. vermeerderd werd zonder dat zij door de uitvoering van deze werken beschadigd werden.

540 Op dezelfde gronden wordt geweigerd rekening te houden bij de begroting van de schadeloosstelling aan erfgenamen van het gedode slachtoffer verschuldigd, met het voordeel ontstaan uit het openvallen der nalatenschap (L. RIPERT, blz. 86; SAVATIER, II, nr. 584, blz. 169; DABIN/LAGASSE, *R.Crit.J.B.*, 1949, nr. 91, blz. 93; Luik, 2 april 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3604; *vgl.* ook Brussel, 5 nov. 1947, *R.G.A.R.*, 1947, 4169, met noot J.F.).

Ten onrechte zou men een toe te rekenen voordeel zoeken in het vervroegde openvallen van de nalatenschap (in die zin Corr. Hoei, 11 juni 1932, *R.G.A.R.*, 1933, 1162). Inderdaad, indien het vermogen van de overledene vroeger op de aanspraakgerechtigde erfgenamen overgaat, dan staat ook vast dat het ondertussen ook niet groter meer kan worden (OFTINGER, § 6, II, B, blz. 139).

In Nederland, waar aan de schadeloosstelling na overlijden een alimentair karakter toebedeeld is, wordt met het openvallen der nalatenschap wel rekening gehouden (H.R., 3 febr. 1956, *N.J.*, 1956, 158).

B. UITSPARINGEN

541 De uitsparingen van uitgaven of nadelen waartoe het schadeberokkenend feit aanleiding kan geven, zullen toe te rekenen zijn, indien zij vooreerst werkelijk zijn en als voordeel te beschouwen zijn, en volgens hetzelfde principe, wanneer zij zeker anders niet zouden gedaan zijn.

Bij de begroting van de juist passende schadeloosstelling voor de inkomstenschade zal de uitsparing van algemene bedrijfskosten moeten toegerekend worden (zie hierover verder, nr. 874).

Ten aanzien van de feiten zal echter betwisting bestaan nopens de werkelijkheid van de uitsparingen die het gekwetste slachtoffer zou doen tijdens zijn verblijf in de kliniek (zie hierover verder, nr. 1101).

In dit verband zal ook betwisting bestaan over het toerekenen van de beweerde uitsparing van belastingen die de gekwetste, of de nabestaanden van een overleden slachtoffer doen, doordat het kapitaal, ter vergoeding van de inkomstenschade, niet onderhevig is aan de bedrijfsbelasting (zie verder, nr. 861 e.v.).

Hierbij komt echter nog iets anders.

Niet toe te rekenen zijn de uitsparingen, die als het ware als gedwongen uitsparingen moeten beschouwd worden, m.a.w., uitsparingen die de benadeelde evengoed vrijwillig had kunnen doen, zonder de onrechtmatige daad, maar die hij helemaal niet wenste te doen.

Gedwongen en ongewenste uitsparingen kunnen niet als voordeel toegerekend worden.

Aldus b.v. kunnen niet als voordeel beschouwd worden de gedwongen uitsparingen tengevolge van het feit dat de eigenaar van een onbruikbare auto daarmee tijdens de rustdagen geen uitstap kan doen, of dat een verminkt persoon geen uitgaven meer zal doen voor zijn ontspanning of vermaak. Aldus ook worden niet toegerekend de werkelijke uitsparingen die het overlijden van een kind voor de ouders medebrengt (OFTINGER, § 6, II, B, blz. 138), behoudens de aftrek van onderhoudskosten wanneer vergoeding gevorderd wordt voor het verlies van de inkomsten die het kind aan zijn ouders afstond (zie verder, nr. 988).

Waar vergoeding voor extrapatrimoniale schade geëist wordt zal ook vruchteloos aangevoerd worden dat op de vergoeding voor het leed ontstaan uit invaliditeit, toe te rekenen zijn, de uitsparingen die de gedwongen rust van het slachtoffer ontegensprekelijk medebrengt (*vgl.* IHERING, *Œuvres choisies*, Vert. O. DE MEULENAERE, II, blz. 149).

542 Niet alleen eigenlijke uitsparingen van kosten of uitgaven zullen als voordeel toe te rekenen zijn. De onrechtmatige daad kan, benevens het toebrengen van schade, ook ten gevolge hebben dat een voor de benadeelde nadelige gebeurtenis verhinderd wordt.

Nadat een jonge man gekwetst wordt zodat hij een volledig studiejaar verliest, stond aan de andere kant

vast dat hij tengevolge van zijn invaliditeit vrijgesteld was van legerdienst. Er werd beslist dat dit voordeel toe te rekenen was omdat het dit verlies van het studiejaar ten volle compenseerde (Krijgsr. Brussel, 20 april 1951, *R.G.A.R.*, 1951, 4827; in dezelfde zin: R. NIEDERLÄNDER, *Schadenersatz bei hypothetischen Schadenereignissen*, *A.c.P.*, dl. 153 (1954), blz. 65; DABIN/LAGASSE, *R.Crit.J.B.*, 1952, blz. 95, nr. 55).

Deze moeilijke vraagstukken werden reeds uitvoerig besproken (zie boven, nr. 493 e.v.).

§ 2. Voordelen aan het optreden van de benadeelde zelf te wijten

543 Er wordt weleens als algemeen principe vooropgesteld dat nooit toe te rekenen zijn de voordelen, ontstaan of vermeerderd, door omstandigheden die aan de vrije inspanning van de benadeelde te danken zijn (OFTINGER, § 6, II, C, blz. 140; *vgl.* PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1949, 70).

De winstgevende arbeid van de weduwe van een gedood slachtoffer gaf aanleiding tot een principe-arrest van het Hof van Cassatie.

De uitspraak waarin met deze inkomsten rekening gehouden werd om de schadeloosstelling te verminderen, werd verbroken door het reeds herhaaldelijk besproken arrest van 4 juli 1955 (zie boven, nr. 385). Dergelijke toerekening zou er volgens het Hof van Cassatie op neer komen de last van de schadeloosstelling te doen rusten op een andere persoon dan de aansprakelijke.

Met deze volstrekte formulering kon het ogenschijnlijk juiste principe tot ongewenste resultaten leiden daar het een niet te verantwoorden stilzitten van de benadeelde in de hand zou werken.

De vraag van het toerekenen dezer voordelen moet behandeld worden in haar samenhang met het vraagstuk van de plicht tot schadebeperking (zie boven, nr. 460 e.v.).

544 Met inachtneming van de oplossing aan laatstvermeld vraagstuk gegeven kan de volgende regel voorgehouden worden.

Alle voordelen ontstaan uit maatregelen door de benadeelde vrij getroffen, en die de maat overschrijden van hetgeen van hem redelijk mag gevraagd worden, zijn niet toe te rekenen op de schadeloosstelling.

M.a.w. telkens wanneer de persoonlijke inspanningen van de benadeelde, om zijn toestand te verbeteren, de schadebeperking overschrijden, waarvan het nalaten als eigen schuld zou gelden (zie boven, nr. 464), zijn de daaruit ontstane voordelen niet toe te rekenen.

Het werd goed samengevat door DABIN en LAGASSE: „Il peut arriver que, par l'action positive du préjudicié, le dommage ait été sinon effacé puisqu'il s'est produit, du moins atténué dans ses conséquences fâcheuses; par exemple, une victime, pour éviter une perte de gain pendant le temps de son incapacité, a fait gérer son affaire par ses enfants. Or, d'un côté, la victime ne saurait être admise à trouver dans l'accident une occasion de s'enrichir au détriment de l'auteur responsable; d'un autre côté, celui-ci ne saurait être admis à tirer bénéfice de la diligence exceptionnelle ou du souci d'économie montré par la victime. La solution sera, ici encore, de rechercher quelle conduite s'imposait à l'homme d'une diligence ordinaire, placé dans les mêmes circonstances.

Quant au ,,surplus'' de diligence, l'équité demande qu'il profite à la victime, qui l'a payée de ses peines, plutôt qu'à l'auteur du dommage, qui n'y avait aucun droit de la part de sa victime'' (DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence, R.Crit.J.B.*, 1949, blz. 92, nr. 90; in dezelfde zin: DELVAUX, noot onder Luik, 13 juli 1950, *J.T.*, 1950, blz. 639).

Een gelijkaardig criterium werd ook elders voorgesteld: niet toe te rekenen zijn de gevolgen van een ,,überpflichtmässige Schadenmindrende Handlung'' (ENNECCERUS-LEHMANN, § 17, II, blz. 80; LARENZ, I, § 14, c, blz. 115; *vgl.* ook OFTINGER, I, § 6, II, C, blz. 140).

Hierbij mag echter niet vergeten worden dat een verplichting om de schade te beperken in Duitsland in talrijke gevallen gemakkelijker aanvaard wordt, o.m. wat de zogenaamde *Arbeitspflicht* van de weduwe betreft (zie verder, nr. 965).

Het Hof te Gent besliste, met herhaling van de reeds besproken formulering van het Hof van Cassatie (zie boven, nr. 381), dat de inkomsten die hun uitsluitende oorsprong vinden in een nieuwe bedrijvigheid van het slachtoffer, en slechts dank zij zijn zware inspanning tot stand komen, vreemd zijn aan de schuld en aan de schade, en daarom niet in aanmerking te nemen zijn bij de begroting van de schadeloosstelling (Gent, 8 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 798; DALCQ, II, nr. 3082 e.v.).

545 De toepassingen van deze principes zijn zeer verscheiden, en daarbij moeten steeds de concrete omstandigheden van het geval in acht genomen worden (zie boven, nr. 484).

Zoals verder zal besproken worden naar aanleiding van de aanspraak van de weduwe van het gedode slachtoffer, mag, bij de begroting van de schadeloosstelling, geen rekening gehouden worden met de inkomsten die deze weduwe verwerft door persoonlijke arbeid (zie verder, nr. 964).

Integendeel zal wel in bepaalde omstandigheden rekening kunnen gehouden worden met de normale heraanpassing van het invalide slachtoffer in een ander beroep of vak (zie verder, nr. 1116), of door het dragen van kunstledematen (zie verder, nr. 1115).

Het voordeel dat kan ontstaan voor de benadeelde uit de bijzondere herbelegging die hij persoonlijk gedaan heeft of kan doen met de toegekende schadeloosstelling is in principe niet toe te rekenen.

Evenzeer als de benadeelde de uitbetaalde geldsom in een lade kan laten liggen, kan hij ze beleggen op welkdanige wijze die hem goeddunkt. Nooit kan hij tot een bepaalde herbelegging gehouden zijn (zie boven, nr. 292).

§ 3. Voordelen door de schadeloosstelling verschaft

546 De reeks gevallen waarin de vraag rijst omtrent het toerekenen van voordelen die met de schadeloosstelling ontstaan, worden meestal opgelost door het antwoord op een der volgende twee vragen.

Vooreerst of er een werkelijk voordeel is, en vervolgens, in bevestigend geval, of na de toerekening, de schadeloosstelling nog volledig is.

Terwille van de samenhang van het leerstuk, kunnen de vraagstukken en hun oplossing hier best bondig aangeduid worden. Voor de bruikbaarheid der verhandeling voor de praktijk, lijkt het gewenst de detailkwesties verder te bespreken, in verband met de nadere behandeling van de persoonsschade en van de zakenschade.

547 In een eerste reeks kunnen de gevallen samengevat worden waarin, bij de begroting van de schade, moet vastgesteld worden dat deze geen volledig

verlies uitmaakt, zodat een volledige schadeloosstelling de omvang van de schade zou overtreffen.

Meer dan eens kan vastgesteld worden dat hierbij helemaal niet hoeft geopereerd te worden met de voordeelstoerekening, daar het slechts gaat over een juiste begroting van de schade, waarvoor de juist passende schadeloosstelling kan verschaft worden.

Dit is het geval dat door VON THUR ten onrechte in het leerstuk der voordeelstoerekening besproken wordt.

Wanneer b.v. een testament nietig is door de schuld van een notaris moet de schade verminderd worden met de omvang van de nalatenschap die aan de benadeelde legataris alleszins te beurt valt krachtens zijn wettelijk erfrecht (VON THUR, I, § 13, II, blz. 86). Dit laatste moet niet als een toe te rekenen voordeel behandeld worden. Veel duidelijker kan vastgesteld worden dat de schuldige notaris geen grotere schade veroorzaakte dan het verlies van het wettelijk erfrecht en de omvang van het nietige legaat.

548 De moeilijkheden in verband met de voordeelstoerekening ontstaan integendeel na zakenschade, waar de vernieling niet volledig is, maar waar integendeel de benadeelde een wrak, een verminkt dier of een kadaver, of nog, beschadigde kleren behoudt.

Indien de schadeloosstelling begroot wordt op basis van de volledige vernieling, zou aan de benadeelde door het behoud van voormeld overschot een vermogensvermeerdering te beurt vallen door de schadeloosstelling. Een aftrek, zonder meer, van de verkoopswaarde van het wrak of van het kadaver e.d.m. zou tot verliezen kunnen leiden.

Aldus is het vraagstuk hier beperkt tot de techniek van de voordeelstoerekening, terwijl het principe onbetwist is.

De wijze waarop de voordeelstoerekening zal dienen te geschieden zal besproken worden bij de studie der schadeloosstelling voor zakenschade (zie verder, nr. 1256 e.v.).

549 Ook bij zakenschade rijst de vraag, of een voordeel toe te rekenen is wegens de verbetering van nieuw voor oud na herstelling van een beschadigd goed.

Hier gaat het om een tweevoudig vraagstuk.

Vooreerst moet vastgesteld worden of in werkelijkheid een voordeel ontstaat uit het juist passende herstel.

Dit zal o.m. betwist worden wanneer nieuwe wisselstukken gebruikt worden bij de reparatie van een beschadigde auto.

Vervolgens — en hier ligt meestal de knoop van het vraagstuk — moet onderzocht worden of een juist passend en volledig herstel mogelijk is zonder de verbetering van oud tot nieuw.

Inderdaad zal het blijken dat het onmogelijk is oude verf te strijken op een beschadigde zaak, evenmin als men afgedragen kleren kan verschaffen tot vergoeding van beschadigde, noch gebruikte kleren.

Anderzijds zou een aftrek wegens de verschafte meerwaarde noodzakelijk leiden tot een onvolledig herstel.

Ook deze vragen zullen het best behandeld worden in verband met de studie van de zakenschade (zie verder, nr. 1260 e.v.).

550 Ten slotte kan de vorm van het herstel schijnbaar een voordeel voor de benadeelde verschaffen.

Vaak zal de werkelijkheid van het aangevoerde voordeel moeten ontkend worden, terwijl alleen een grotere uitgave voor de aansprakelijke zal vaststaan.

Deze mogelijkheid zal besproken worden naar aanleiding van de begroting van zakenschade wanneer de herstelkosten van een beschadigd goed de verkoopwaarde van de zaak vóór het schadegeval overtreffen (zie verder, nr. 1248 e.v.).

Een andere mogelijkheid zal besproken worden, waar de schadeloosstelling voor inkomstenschade onder de vorm van een kapitaal toegekend wordt in plaats van een rente (zie verder, nr. 935 e.v.).

Bepalend is hier steeds de regel die bij de studie van de vorm der schadeloosstelling kon geformuleerd worden, en volgens welke een zo volledig mogelijk en juist passend herstel moet nagestreefd worden, met inachtneming van de vergelijkende belangenwaardering der partijen, en met voorkeur voor de belangen van de benadeelde (zie boven, nr. 294).

Nooit zal de voordeelstoerekening ten gevolge mogen hebben dat de schade niet volledig vergoed wordt.

Daarom werd de regel zo geformuleerd dat de schadeloosstelling derwijze dient begroot te worden, dat zo mogelijk hieruit voor de benadeelde geen voordeel zou ontstaan (zie boven, nr. 235 e.v.).

551 Een typisch geval van voordeelstoerekening biedt de vergoeding van de kosten voor aanschaffing en onderhoud van kunstledematen.

Wanneer het invalide slachtoffer dank zij de prothese zijn invaliditeit vermindert, en hij dit redelijkerwijze moet doen, is dit voordeel toe te rekenen (zie verder, nr. 1115).

§ 4. Voordelen ontstaan door uitkeringen die verband houden met het schadegeval, hetzij door de aansprakelijke, hetzij door derden gedaan

A. ALGEMENE BESCHOUWINGEN

552 Het thans te bespreken vraagstuk kan op de volgende wijze geformuleerd worden: wanneer de benadeelde die, bij onderstelling, beschikt over een aanspraak uit onrechtmatige daad, tevens, naar aanleiding van hetzelfde schadegeval over een andere aanspraak beschikt, die op een andere rechtsgrond dan de onrechtmatige daad steunt, mag hij dan beide uitkeringen cumuleren?

Deze mogelijkheid van dubbele aanspraak kan zowel tegenover derden gelden als tegen de aansprakelijke zelf.

Wat de aanspraak tegen derden betreft denk b.v. aan de aanspraak op uitkering van een levensverzekeringskapitaal, aan een overlevingspensioen, de aanspraak van de gekwetste op een verzekerd kapitaal

krachtens ongevallenverzekering of op invaliditeitsuitkeringen.

Wat de aanspraak tegen de aansprakelijke zelf betreft, denk o.m. aan de gevallen waar de staat aansprakelijk is voor het ongeval, en tevens instaat voor de pensioenuitkeringen.

Het vraagstuk van de cumulatie van de aanspraken, die geheel of ten dele schijnen te strekken tot vergoeding van éénzelfde schade, is een verschijnsel van de discontinuïteit van het recht.

Naast de oorspronkelijke regel van het burgerlijk recht volgens welke de schade uiteindelijk dient gedragen te worden door diegene die haar door zijn onrechtmatige daad veroorzaakte, ontstond de praktijk van de verzekering door het slachtoffer aangegaan.

Hierdoor wil de verzekerde de risico's dekken van een nadelige gebeurtenis, zelfs al zou een derde daarvoor aansprakelijk kunnen zijn. Daardoor wil hij zich verzekeren tegen al de nadelen die kunnen spruiten uit een proces tegen degene wiens slachtoffer hij mogelijk zal kunnen worden, de risico's van diens onvermogen enz. Hij dekt zelf, op voorhand, de risico's van de schade waaraan hij zij het door andermans onrechtmatige daad kan blootgesteld zijn (DORHOUT MEES, *Schadeverzekeringsrecht*, (1953), blz. 408; *vgl.* ook GUIHO, *Le recours contre l'auteur d'un dommage ouvrant droit à une indemnité d'assurance*, blz. 1 e.v.; L.F. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, 1978, nr. 1153 e.v., blz. 430 e.v.).

Verder ontstond aan de rand van het individualistische gemeenrecht een sociaal en een bestuurlijk zekerheidsrecht dat, dikwijls zonder rekening te houden met een mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van de dader, de risico's dekt, waarvan de schade uit onrechtmatige daad in menig geval de verwezenlijking is.

De wetgever bracht geen harmonie tot stand tussen het oude en het nieuwe recht, althans niet in alle gevallen.

Aldus ontstond wat men in Duitsland noemde een „Spannung zwischen Schadenersatz und Versorgung" (K. SIEG, *Schadenersatz und Versorgung, Juristenzeitung*, 1954, blz. 337 e.v.).

Men heeft het hier te lande over een gebrek aan coördinatie, of nog over een hiatus tussen het gemeenrecht van artikel 1382 B.W. aan de ene kant en het sociaal zekerheidsrecht aan de andere kant (*vgl.* A. LAGASSE, *Droits de l'employé victime d'un accident de travail, R.Banque*, 1948, 37 e.v.; A. LAGASSE, *A propos du cumul des indemnités, R.G.A.R.*, 1953, 5108).

Aldus b.v. kan een bediende, slachtoffer van een ongeval, op weg naar zijn werk aanspraak maken op verschillende vergoedingen, waarover bij cumulatie volgende betwistingen voorkomen:

1) de schadeloosstelling uit onrechtmatige daad
2) de vergoeding voor de eerste maand invaliditeit uit de bediendenovereenkomst
3) de vergoeding uit de arbeidsongevallenwet
4) de uitkeringen door het verzekeringsorganisme der verzekering tegen ziekte en invaliditeit.

553 Het Burgerlijk Wetboek kon deze problematiek niet voorzien en liet hier eens te meer een leemte over, die, buiten enkele schaarse wettelijke regelingen, door de rechtspraak moest gevuld worden.

554 Enkele bijzondere wetten hebben echter, zowel in België als in Frankrijk, bepaalde gevallen uitdrukkelijk geregeld.

Hun draagwijdte is, als afwijkend recht tot de door de wetgever bedoelde gevallen beperkt.

Het komt dus gepast voor steeds het onderscheid voorop te stellen tussen de gevallen van voordeelstoerekening die door de wet geregeld zijn en diegene die aan het gemeenrecht onderworpen blijven (*vgl.* SAVATIER, II, nr. 576, blz. 159; MAZEAUD, I, 1965, nr. 261, blz. 316; LALOU, nr. 192, blz. 129).

Hierbij kunnen reeds betreffende het Belgische recht de verder te bespreken wettelijke regelingen vermeld worden in verband met de schadeverzekering (zie verder, nr. 575), arbeidsongevallen (zie verder, nr. 585), militaire pensioenen (zie verder, nr. 590), verzekering tegen ziekte en invaliditeit (zie verder, nr. 582).

Een aanverwante bepaling bestaat in Frankrijk, b.v. in verband met de schadeverzekering (art. 36 van de Verzekeringswet).

In andere naburige landen kan het probleem niet helemaal op dezelfde wijze oprijzen, aangezien ter zake van doodslag en verwonding de schadeloosstelling kan gematigd worden naar gelang de fortuintoestand van de partijen en de omstandigheden.

Dit zal b.v. het geval zijn in Nederland. De uitkering van een verzekerd kapitaal, na sommenverzekering, zou er in principe niet dienen toegerekend te worden (H.R., 28 nov. 1969, *N.J.*, 1970, 172; Hof 's-Hertogenbosch, 10 juli 1979, *N.J.*, 1980, 251). Evenwel is dit feit een van de omstandigheden, waarmee de rechter rekening mag houden bij de matiging van de schadeloosstelling (WOLFSBERGEN, blz. 200; *vgl.* ASSER-RUTTEN, III, *De verbintenis uit de wet*, blz. 196; A.R. BLOEMBERGEN, nr. 224 en 258, blz. 323 e.v. en 371; G.J. DE GROOT, *Onrechtmatige daad*, II, nr. 386; Hof 's-Hertogenbosch, 8 febr. 1962, *N.J.*, 1962, 489; Arrond. 's-Hertogenbosch, 17 juni 1949, *N.J.*, 1950, nr. 479; Arrond. Zutphen, 4 maart 1954, *N.J.*, 1954, nr. 707).

B. PRINCIPE

1. De regel

555 Zijn niet als voordeel op de schadeloosstelling toe te rekenen, de uitkeringen aan de benadeelde gedaan, ook in verband met de door hem geleden schade, indien deze uitkeringen op zichzelf een voldoende rechtsgrond hebben, die vreemd is aan de onrechtmatige daad en aan de daarvoor door de aansprakelijke verschuldigde schadeloosstelling, behoudens uitzonderingen bepaald door de wet, of voortspruitend uit de strekking van de overeenkomst krachtens welke deze uitkeringen gedaan werden.

2. Verantwoording

556 Het principe van de cumulatie van uitkeringen geldt thans algemeen in de Belgische rechtspraak, maar wordt vaak op een verschillende en soms zeer bedenkelijke wijze gemotiveerd.

a. Argumenten in rechtsleer en rechtspraak

557 Er werd vooreerst vaak beroep gedaan op het relativiteitsprincipe van artikel 1165 B.W., luidens hetwelk overeenkomsten slechts gevolg hebben tussen de contracterende partijen. Derhalve zou de dader niet gerechtigd zijn het voordeel te doen toerekenen, dat voor de benadeelde spruit uit een overeenkomst die hij met een derde aangegaan had (in die zin, ter zake van cumulatie, zie o.m.: JOSSERAND, II, nr. 444 e.v., blz. 216 e.v.; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, blz. 540 e.v.; Corr. Bergen, 14 nov. 1931, *R.G.A.R.*, 1931, 856; Brussel, 23 maart 1932, *R.G.A.R.*, 1932, 1060, met noot Jos. GOEDSEELS; *Pas.*, 1932, II, 236; Luik, 9 febr. 1933, *R.G.A.R.*, 1934, 1428).

Dergelijke argumentatie houdt geen steek.

Artikel 1165 B.W. belet geenszins dat een derde zich op het bestaan van de overeenkomst zou beroepen.

Evenzeer als het bestaan van de overeenkomst tussen de benadeelde en een derde, aan de aansprakelijke kan tegengesteld worden om, met inachtneming van de bedongen wedde of loon, de inkomstenschade te begroten, zou de derde aansprakelijke het feit van deze overeenkomst kunnen aanvoeren, om daaruit af te leiden dat de door hem veroorzaakte schade minder groot is, dan door de aanspraakmakende persoon beweerd wordt (DEMOGUE, IV, nr. 612, blz. 288; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033, slot, blz. 1087-1088; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1931; DALCQ, nr. 3094; R.O. DALCQ, *Cumul des indemnités avec le revenu ou la pension, Verz.*, 1970, 45-46; WOLFSBERGEN, blz. 199; MAZEAUD, I, 1965, nr. 238, blz. 298; Cass., 11 april 1929, *Pas.*, 1929, I, 156; *R.G.A.R.*, 1931, 764; Cass., 9 maart 1950, *Pas.*, 1950, I, 419; *J.T.*, 1950, 256).

558 Er wordt ook wel eens, al dan niet samen met andere argumenten voor de cumulatie van aanspraken, vooropgesteld dat de benadeelde over twee van elkander onafhankelijke aanspraken beschikt; de ene tegen de aansprakelijke, de andere tegen de verzekeraar, of tegen de pensioenschuldenaar. De twee schulden moeten betaald worden, en de betaling van de ene dooft dan ook de andere niet uit (LAURENT, XX, nr. 537, blz. 580; AUBRY/RAU, door BARTIN, VI, § 445, blz. 351 e.v.; DALCQ, II, nr. 3095; Brussel, 17 dec. 1924, *R.G.A.R.*, 1931, 857; Brussel, 23 maart 1933, *R.G.A.R.*, 1933, 1060, met noot Jos. GOEDSEELS; *Pas.*, 1932, II, 246).

Maar in deze stelling ligt juist de vraag besloten.

559 Men laat gelden, dat door de toerekening der besproken uitkeringen een verrijking van de aansprakelijke zou ontstaan. De dader zou verrijkt zijn wanneer hij tot een kleinere schadeloosstelling gehouden is tengevolge van de premies door de benadeelde betaald, of van de afhoudingen op zijn loon gedaan, tot vestiging van het pensioen, terwijl de risicodrager over geen verhaalsrecht tegen de aansprakelijke beschikt (Corr. Brussel, 9 okt. 1931, *R.G.A.R.*, 1931, 854; Corr. Bergen, 14 nov. 1931, *R.G.A.R.*, 1931, 856; Corr. Bergen, 15 febr. 1932,

R.G.A.R., 1933, 1115; Corr. Antwerpen, 29 dec. 1939, *R.G.A.R.*, 1940, 3341; Luik, 31 okt. 1951, *R.G.A.R.*, 1952, 5053 en 5042, met noot J.F.; Cass., 10 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 172; *R.G.A.R.*, 1947, 3994).

560 In hetzelfde verband wordt als argument voor de cumulatie der aanspraken, beroep gedaan op het feit dat de besproken uitkeringen de tegenprestatie uitmaken van de premies door de benadeelde aan de verzekeraar betaald, of van de afhoudingen die op zijn loon of wedde gedaan werden, tot vestiging van het pensioen (*vgl.* o.m. DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis*, blz. 1089; DALCQ, II, nr. 3099; OFTINGER, I, § 11, IV, blz. 331; Luik, 31 okt. 1951, *R.G.A.R.*, 1952, 5053 en 5042, met noot J.F.).

Betreffende de sommenverzekering verantwoordt VAN DIEVOET het cumulatieprincipe van artikel 96 van zijn ontwerp als volgt:

„Inderdaad de verzekerden of begunstigden ontvangen de tegenwaarde van de betaalde premie en de verantwoordelijke derde mag uit de voorzorg van de verzekeringsnemer geen voordelen trekken" (VAN DIEVOET, *Verslag over de verzekering*, II, blz. 48 e.v.; *vgl.* MACHLEID, *Zur Vorteilsausgleichung, Juristenzeitung*, 1952, 645).

Voorzeker kan dit als een argument te meer aanvaard worden om de cumulatie te verantwoorden.

Het blijft inderdaad al te onbillijk dat de voorziening van het slachtoffer alleen aan de dader ten goede zou komen.

Het door GOEDSEELS gegeven voorbeeld is zeer duidelijk. Gesteld dat twee arbeiders in éénzelfde ongeval omkomen, dan kan de ene huurder zijn van zijn huis, terwijl de andere er eigenaar van was, met een verzekering voor het saldo van de nog niet afbetaalde koopsom. Het zou al te onbillijk zijn het voordeel van laatstgenoemde verzekering op de schadeloosstelling toe te rekenen, daar de weduwe van de vooruitziende arbeider dan in een minder gunstige toestand zou komen, ook al zou zij voortaan kosteloos wonen (GOEDSEELS, *R.G.A.R.*, 1931, 850, blz. 4).

Toch is dit argument overbodig gebleken om deze oplossing te verantwoorden. Het ontbrak nl. waar de rechtspraak de cumulatie aanvaardde van de schadeloosstelling met de pensioenen die zonder afhoudingen gevestigd werden (zie o.m. DE PAGE, II, 1964, nr. 1033, blz. 1087; zie ook verder, nr. 590 e.v.).

561 Het al dan niet verplicht karakter van de uitkeringen kan evenmin als bepalend criterium beschouwd worden.

Bepalend is helemaal niet of vanwege de derde, uit de wet of uit de overeenkomst vroeger met de benadeelde aangegaan, een verbintenis bestaat om deze uitkeringen te doen (*vgl.* MACHLEID, *Zur Vorteilsausgleichung, Juristenzeitung*, 1952, 665; K. SIEG, *Schadenersatz und Versorgung, Juristenzeitung*, 1954, blz. 337 e.v.).

Zoals verder zal blijken moeten de zin en de strekking van de uitkering nagegaan worden (zie verder, nr. 567). Welnu, die strekking kan, zowel bij verplichte als bij niet verplichte uitkeringen, die van een schadeloosstelling zijn, en andersom.

In § 843, laatste lid B.G.B. is uitdrukkelijk bepaald: „Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat". Deze bepaling wordt door de rechtspraak uitgebreid, buiten het verstrekken van levensonderhoud, tot alle andere voordelen die de benadeelde in verband met het schadegeval te beurt vallen, en die niet de betekenis en strekking van de schadeloosstelling hebben (LARENZ, I, § 69, blz. 367, met verwijzing naar B.G.H., Z, 8, 239).

Dit kan blijken b.v. waar het slachtoffer recht had op levensonderhoud en de schuldenaar daarvan hem de nodige verzorging op zijn kosten verschafte. Hoezeer ook de alimentaire schuldenaar wettelijk tot deze uitkeringen behouden was, kan deze steun niet als schadeloosstelling beschouwd worden, en is hij niet op de schadeloosstelling toe te rekenen.

In hoever deze derde over een verhaalsrecht beschikt, wanneer de benadeelde geen vergoeding vorderde van de dader, wordt verder besproken (zie verder, nr. 1012 e.v.).

In die zin besliste het Hof van Cassatie terecht dat, ook al rust op de moeder, na het overlijden van de vader, krachtens artikel 203 B.W., de verplichting om de kinderen te voeden, te onderhouden en op te voeden, dit niet uitsluit dat deze minderjarige kinderen persoonlijk schade lijden door het verlies van de inkomsten die de overleden vader voor hun onderhoud en opvoeding bestemde (Cass., 23 jan. 1956, *Pas.*, 1956, I, 510; *R.W.*, 1956-57, 563).

Op diezelfde gronden zal, hoezeer ook de tweede echtgenoot waarmede de weduwe van een slachtoffer hertrouwd is, jegens haar tot levensonderhoud verplicht is, dit levensonderhoud niet toe te rekenen zijn op de schadeloosstelling uit onrechtmatige daad verschuldigd door de derde (zie verder, nr. 964).

562 Anderzijds werd voor het toerekenen van de uitkeringen — m.a.w. tegen de cumulatie — aangevoerd dat de benadeelde zonder rechtsgrond zou verrijkt worden door het ontvangen van de volledige schadeloosstelling samen met de besproken uitkeringen.

In die zin oordeelde de oudere rechtspraak vooral ter zake van pensioenen (Brussel, 18 mei 1868, *Belg.Jud.*, 1868, 693; Brussel, 23 jan. 1884, *J.T.*, 1884, 213; Brussel, 12 mei 1888, *Pas.*, 1888, II, 308; Brussel, 26 nov. 1894, *J.T.*, 1895, 583; Luik, 16 april 1927, *R.G.A.R.*, 1927, 167 (pers. ongevallenverzekering), waartegen de voorziening verworpen werd door Cass., 11 april 1929, *Pas.*, 1929, I, 156; *R.G.A.R.*, 1931, 764; *vgl.* ASSER-RUTTEN, II, blz. 525; Brussel, 9 april 1930, *R.G.A.R.*, 1931, 763; Corr. Brussel, 3 febr. 1934, *R.G.A.R.*, 1934, 1487; Brussel, 18 mei 1935, *R.G.A.R.*, 1936, 2188; Gent, 14 juli 1936, *R.G.A.R.*, 1938, 2832).

Voorzeker moet alle verrijking door de schadeloosstelling vermeden worden waar dit mogelijk is, aangezien de schadeloosstelling strekt tot herstel van de schade, noch min noch meer.

Dit is echter niet altijd mogelijk, zoals reeds kon opgemerkt worden bij het vraagstuk van het toerekenen van het verschil van oud tot nieuw bij herstel van zakenschade. De toerekening zou een tekort aan schadeloosstelling betekenen.

Zoals verder ook opgemerkt zal worden, betekent de geldelijke vergoeding voor extrapatrimoniale schade — d.i. schade die volledig buiten het vermogen omgaat en niet op geld waardeerbaar is — noodzakelijk een vermogensvermeerdering. Dit is echter weer te wijten aan de onmogelijkheid om schadeloosstelling zonder verrijking te verschaffen (zie verder, nr. 606 e.v.).

Hier is het vraagstuk anders. Bij onderstelling zou wel een passende schadeloosstelling kunnen verschaft worden, zonder verrijking van de benadeelde.

De vraag is dus of er verrijking is, en zo ja, of zij moet voorkomen worden!

563 Het antwoord is niet zo eenvoudig.

Indien men zonder meer vaststelt dat de besproken uitkering geen uitstaans heeft met de schade, is alles klaar.

De volledige schadeloosstelling moet door de aansprakelijke verschaft worden, waardoor hij dan ook niets meer betaalt dan zijn schuld, begroot naar haar juiste omvang, nl. die van de door de besproken uitkering beperkte omvang van de schade.

De benadeelde zal weliswaar verrijkt zijn door de niet toegerekende uitkering. Maar dan is dit geen verrijking zonder oorzaak of rechtsgrond aangezien zij de uitvoering is van de overeenkomst door de benadeelde aangegaan, van de wettelijke of statutaire bepalingen die hem deze tweede aanspraak verschaffen, of van het *animus donandi* van de schenker: waar hij twee schuldenaars heeft, tot een verschillende en van elkaar onafhankelijke schuld verbonden, mag de benadeelde uit twee handen ontvangen. Elke van beide betalingen heeft haar eigen rechtsgrond of juridische oorzaak, zodat geen enkele een vermogensvermeerdering zonder oorzaak ten gevolge heeft.

„On peut parfaitement s'enrichir, même à l'occasion d'un accident, s'il y a un titre, une cause à l'enrichissement" (DE PAGE, II, nr. 1033, blz. 1085; in die zin ook: *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1932; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 691, blz. 934; GUIHO, nr. 28, blz. 25 e.v.).

564 Maar v o o r a f moest de vraag beantwoord worden of de al dan niet toe te rekenen uitkeringen vreemd waren aan de schade, en of zij niet integendeel de omvang van de schade verminderd hebben.

Boven werd gezegd (zie boven, nr. 238 e.v.) dat de schade *in concreto* diende gewaardeerd te worden en dat de schadeloosstelling alleen door de aldus gewaardeerde schade bepaald werd naar haar omvang. Dit betekent dat de rechter rekening moet houden met alle omstandigheden eigen aan het behandelde geschil, ook wanneer hij de schade *ex aequo et bono* begroot. De begroting *ex aequo et bono* betekent inderdaad een zo goed mogelijk aan het concrete geval aangepaste schadeloosstelling (zie boven, nr. 361).

Wel werd schertsend opgemerkt dat de rechter natuurlijk niet moet rekening houden met het feit dat de dader, op het ogenblik van het ongeval, een rode das droeg of dat hij in het verleden een slechte student in de wiskunde was (G. KNÖPFEL, *Billigkeit und Schmerzensgeld, A.c.P.*, 1956, blz. 137).

Hij moet rekening houden met de omstandigheden die bepalend zijn bij de vaststelling of schade geleden werd en welke haar omvang is, maar dat is juist heel het vraagstuk.

b. Proeve van oplossing

565 Het zou tegen de werkelijkheid indruisen enkel en alleen uit te gaan van de concrete schadebegroting, zonder zich af te vragen of de al dan niet toe te rekenen uitkeringen verband houden met de s c h a d e l o o s s t e l l i n g.

Hetzelfde feit geeft immers bij onderstelling aanleiding tot twee verschillende aanspraken. De vraag is dan ook of de uitkeringen, andere dan de betaling voor of

door de aansprakelijke als schadeloosstelling mogen begrepen worden.

Weliswaar mocht de vermogensschade bepaald worden als het nadelige verschil, spruitend uit de vergelijking tussen de toestand op het ogenblik van haar waardering, en degene waarin de benadeelde op hetzelfde ogenblik verder was gebleven, indien het schadegeval zich niet zou voorgedaan hebben (zie boven, nr. 22 en 222).

Ogenschijnlijk moeten bij deze vergelijking de voordelen begrepen worden, die zonder dit schadegeval niet zouden genoten zijn. Inderdaad het vermogensverlies is geheel of gedeeltelijk aangevuld, en in die mate zou geen vermogensvermindering, m.a.w. geen schade meer kunnen vastgesteld worden.

Dit zou nl. het geval zijn voor de pensioenuitkering, de betaling van een verzekerd kapitaal, tot en met de schenking die naar aanleiding van het ongeval aan de slachtoffers of hun nabestaanden gedaan zijn.

Deze zienswijze is echter onjuist door haar oppervlakkigheid. Bij onderstelling immers veroorzaakte de dader vooraf een vermogensvermindering.

Dit is nl. het geval met de werkonbekwame die zijn loon of wedde verbeurt; met de nabestaanden die met de persoon van hun verzorger ook hun onderhoud — ruim begrepen — verloren.

De uitkeringen naar aanleiding van dit schadegeval aan de benadeelde gedaan, zijn in die zin veroorzaakt door de onrechtmatige daad, dat, indien deze niet verricht was, ook de besproken uitkeringen niet zouden gedaan zijn.

Deze toepassing van de equivalentietheorie zou zeker te ver gaan en kan uitgesloten worden door de vaststelling dat de onrechtmatige daad niet de noodzakelijke oorzaak is van deze uitkeringen (zie boven, nr. 531 e.v.).

Ook een natuurlijk overlijden, of een verwonding tengevolge van de eigen schuld van het slachtoffer, zou dezelfde uitkeringen ten gevolge gehad hebben.

566 Aansluitend met deze gedachtengang wordt de heersende stelling van de cumulatie verantwoord op grond van de beschouwing dat het recht op schadeloosstelling en het recht op de uitkeringen een verschillende juridische oorzaak hebben, zodat de toerekening van de besproken uitkeringen op de schadeloosstelling, laatstgenoemde onvolledig zou maken (zie o.m.: Cass., 15 april 1937, *Pas.*, 1937, I, 113; *R.G.A.R.*, 1937, 2431; Cass., 17 dec. 1941, *Pas.*, 1941, I, 462; *R.G.A.R.*, 1942, 3763; Cass., 14 maart 1949, *Pas.*, 1949, I, 197; *R.G.A.R.*, 1950, 4543; Cass., 4 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 1009; *R.G.A.R.*, 1967, 7859; Cass., 26 febr. 1968, *Pas.*, 1968, I, 802; *R.G.A.R.*, 1968, 8138; *Verz.*, 1969, 79 met noot R.B.; Cass., 11 maart 1968, *Pas.*, 1968, I, 869; *R.W.*, 1968-69, 260; *R.G.A.R.*, 1968, 8125; Cass., 4 nov. 1968, *Pas.*, 1969, I, 238; *R.G.A.R.*, 1969, 8309; *J.T.*, 1969, 509; Cass., 17 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 669; *Pas.*, 1969, I, 631; *R.W.*, 1969-70, 382; *R.G.A.R.*, 1970, 8533; *Verz.*, 1969, 444 met noot R.B.; Cass., volt. zitting, 25 mei 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 952; *Pas.*, 1971, I, 879; *R.W.*, 1972-73, 360; *R.G.A.R.*, 1972, 8816 met noot FONTEYNE; *J.T.*, 1971, 556; Cass., 2 dec. 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 394; *Pas.*, 1978, I, 381; *R.G.A.R.*, 1980, 10.196; Brussel, 20 dec. 1963, *R.G.A.R.*, 1965, 7371; *Bull.Ass.*, 1967, 121;

Corr. Dinant, 22 nov. 1965, *R.G.A.R.*, 1966, 7603; Mil.Ger., 16 maart 1967, *R.G.A.R.*, 1967, 7838; Brussel, 30 april 1969, *R.G.A.R.*, 1970, 8511 met noot J.F.; Corr. Charleroi, 10 okt. 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10.082; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, blz. 540; J. GOEDSEELS, *Du cumul des indemnités-accidents et des indemnités-assurances*, *R.G.A.R.*, 1931, 850, blad 3, nr. 31; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1933; JOSSERAND, II, nr. 444, blz. 216 e.v.; *vgl.* verder: GUHL, § 10, III, e, blz. 67 (op grond van de adequate causaliteit); POLAK, blz. 34 e.v.).

Zoals reeds opgemerkt werd (zie boven, nr. 533) wordt in de rechtspraak en rechtsleer hierbij weleens het woord oorzaak in een dubbelzinnige betekenis gebezigd, waar men zegt dat de onrechtmatige daad de oorzaak is van de schade en slechts de gelegenheid is voor de uitkeringen die hun oorzaak in de overeenkomst van de benadeelde vinden. Dergelijke redenering gaat klaarblijkelijk mank.

Daartegenover, maar dan buiten alle beschouwing van oorzakelijk verband kan men wel zeggen dat de onrechtmatige daad niet de oorzaak is, in de zin van rechtsgrond, van de besproken uitkeringen. In die zin is het juist te zeggen dat de aanspraak op schadeloosstelling, en de aanspraak op of het behoud van de andere uitkeringen, een verschillende oorzaak of rechtsgrond hebben.

567 Bovendien wordt, steeds uitgaande van het begrip der schadeloosstelling in de rechtspraak, de aard van de besproken uitkeringen onderzocht om vast te stellen of deze al dan niet tot schadeloosstelling strekken.

M.a.w. naast de oorzaak moet het voorwerp der besproken uitkering bepaald worden.

Waar de uitkering niet strekt tot schadeloosstelling en derhalve tot betaling van de schuld van de aansprakelijke, is zij niet toe te rekenen. Dit werd door de rechtspraak beslist in verband met de pensioenen of kapitalen uitbetaald krachtens sommenverzekeringen, waarvan het bedrag overigens geen verband houdt met de werkelijke omvang der schade (zie o.m. Cass., 21 maart 1935, *Pas.*, 1935, I, 194; *R.G.A.R.*, 1935, 1808; Cass., 11 juli 1935, *Pas.*, 1935, I, 320; Cass., 4 nov. 1937, *Pas.*, 1937, I, 327; *R.G.A.R.*, 1938, 2789; Cass., 17 dec. 1941, *Pas.*, 1941, I, 462; *R.G.A.R.*, 1942, 3763; Cass., 14 maart 1949, *Pas.*, 1949, I, 197; *R.G.A.R.*, 1950, 4543; Cass., 14 nov. 1955, *R.W.*, 1955-56, 2063; *Pas.*, 1956, I, 242; *R.G.A.R.*, 1956, 5788; Cass., 4 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 1009; *R.G.A.R.*, 1967, 7859; Cass., 26 febr. 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 853; *Pas.*, 1968, I, 802; *Verz.*, 1969, 79; Cass., 4 nov. 1968, *Arr.Cass.*, 1969, 250; *Pas.*, 1969, I, 238; *R.G.A.R.*, 8309; *J.T.*, 1969, 509; Cass., 17 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 669; *Pas.*, 1969, I, 631; *R.W.*, 1969-70, 382; *Verz.*, 1969, 444; Cass., 13 maart 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 655; *Pas.*, 1972, I, 647; Cass., 6 jan. 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 482; *R.W.*, 1981-82, 1543 met noot; Cass., 23 sept. 1981, *R.W.*, 1982-83, 799; *Pas.*, 1982, I, 123; Brussel, 30 april 1969, *R.G.A.R.*, 1970, 8511 met noot J.F.; Bergen, 13 febr. 1981, *R.G.A.R.*, 1982, 10.437).

De vraag kan er derhalve toe herleid worden, of de besproken uitkeringen strekken tot betaling van de schuld van de dader; zoniet werd geen schadeloosstelling verschaft.

Bij de bepaling der schadeloosstelling werd hierop de nadruk gelegd waar dit als herstel begrepen werd ten laste van de aansprakelijke of voor diens rekening (zie boven, nr. 220).

Welnu alle schade die niet door de aansprakelijke of voor diens rekening vergoed wordt, laat in hoofde van het slachtoffer een aanspraak onvoldaan. De besproken uitkeringen zijn derhalve nooit toe te rekenen wanneer zij de betekenis en de strekking niet vertonen van de schadeloosstelling voor rekening of in plaats van de aansprakelijke (PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, *in fine*, blz. 540; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033, blz. 1085 e.v.; WOLFSBERGEN, blz. 199; L. RIPERT, nr. 74, blz. 86; JOSSERAND, II, nr. 444 e.v., blz. 216 e.v.; LARENZ, I, § 69, blz. 367; OFTINGER, I, § 6, II, B, blz. 137; GLARNER, blz. 59 e.v.

568 Om vast te stellen of de besproken uitkeringen de zin van de schadeloosstelling hebben, moet de bedoeling nagegaan worden van de partijen die de overeenkomst aangingen of de strekking van de wet waarvan zij de uitvoering uitmaken, men moet nl. nagaan of diegene die aan de benadeelde deze uitkeringen deed, bedoelde het slachtoffer bij te staan of te bevoordelen, dan wel of hij als bedoeling had de schuld van de dader te betalen (*vgl.* PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, slot, blz. 540 e.v.; WOLFSBERGEN, blz. 199; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 1965, nr. 239 e.v., blz. 344 e.v.; LARENZ, I, § 14, e, blz. 114; *vgl.* Cass., 2 febr. 1959, *Pas.*, 1959, I, 555).

Deze strekking zal blijken, hetzij uit de bedingen van de overeenkomst of de bepalingen van de wet, waarvan deze uitkeringen de uitvoering zijn.

Er is geen enkele moeilijkheid wanneer een derde uitdrukkelijk de schuld van de aansprakelijke betaalt.

Aldus kan een derde, daartoe door de aansprakelijke aangewezen of gedelegeerd, of krachtens borgtocht diens schuld, voor zijn rekening betalen.

569 In de andere gevallen zal de strekking tot schadeloosstelling blijken o.m. uit de bedongen of uit de wettelijke subrogatie, zoals o.m. de subrogatie na betaling der schadeverzekering (art. 22 van de Wet van 11 juni 1874 op de Verzekering) of van de vergoedingen voor arbeidsongevallen (art. 47 van de Wet van 10 april 1971 op de Arbeidsongevallen).

In vrijwel de meeste gevallen waar een derde uitkeringen deed zal uit het voorbehoud nopens zijn verhaalsrecht tegen de dader blijken dat hij schadeloosstelling verschafte, en in dat geval is de cumulatie uitgesloten.

Op dit verband tussen de cumulatie en het verhaalsrecht van de derde, werd dan ook zeer terecht de nadruk gelegd (zie o.m. DEMOGUE, IV, nr. 606, blz. 281 e.v.; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 691, blz. 935; MAZEAUD, I, 1965, nr. 232, blz. 292; GUIHO, nr. 23, blz. 23; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, blz. 540; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis*, blz. 1088 e.v.; L.F. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, 1978, nr. 1075A, blz. 393; WOLFSBERGEN, blz. 201, voetnoot 15).

Meer dan eens werd de cumulatie in de rechtspraak verantwoord op grond van de beschouwing, dat de derde die de besproken uitkeringen deed, geen verhaalrecht tegen de dader heeft (*vgl.* Corr. Brussel, 9 okt. 1931, *R.G.A.R.*, 1931, 854; Corr.

Bergen, 15 febr. 1932, *R.G.A.R.*, 1933, 1115; Cass., 10 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 172; *R.G.A.R.*, 1947, 3994; *vgl.* boven, nr. 559).

De oplossingen van deze beide vragen zijn onafscheidbaar verbonden. Aldus zullen diegene die het cumulatieprincipe verwerpen, het verhaalsrecht van de derde erkennen waar de anderen dit verwerpen (zie b.v. DABIN/LAGASSE, *Examen de Jurisprudence, R.Crit.J.B.*, 1952, 96, nr. 56).

Het vraagstuk van het verhaalsrecht van de derden wordt besproken bij het onderzoek van de verschillende aanspraken waartoe éénzelfde schadegeval aanleiding kan geven (zie verder, nr. 1012 e.v.).

c. Samenvatting en besluit

570 De cumulatie van de uitkeringen door derden aan de benadeelde gedaan, met de schadeloosstelling ten laste van de aansprakelijke, wordt terecht als algemeen principe vooropgesteld. Van dit principe wordt slechts afgeweken wanneer het door de wet of door de wil der partijen ter zijde is gesteld.

Het voordeel dat uit de samenvoeging der aanspraken voor de benadeelde ontstaat is niet toe te rekenen, waar deze verschillende aanspraken elk hun eigen rechtsgrond hebben en een verschillend voorwerp.

Aan de aansprakelijke kan het voordeel niet toegekend worden dat zijn oorsprong en verantwoording vindt in de voorzorg van het slachtoffer of de verzorging door derden verschaft.

Wanneer de uitkeringen, door derden gedaan, strekken tot schadeloosstelling voor de door de aansprakelijke veroorzaakte schade, zijn zij toe te rekenen, m.a.w. is de cumulatie uitgesloten.

Deze strekking wordt bepaald, hetzij door de wil van de partijen, bij het aangaan der overeenkomst, hetzij door de bepalingen van de wet, waarvan de uitkeringen de uitvoering zijn.

In de regel zal deze strekking niet aanvaard worden, en is cumulatie toegelaten, waar de derde, de door hem gedane uitkeringen niet kan verhalen tegen de aansprakelijke.

C. DE VOORNAAMSTE TOEPASSINGEN

1. Uitkeringen uit milddadigheid

571 Nopens dit punt bestaat algehele overeenstemming.

Uitkeringen, uit milddadigheid of loutere vrijgevigheid naar aanleiding van het schadegeval gedaan door derden die totaal vreemd zijn aan het onheil, strekken niet tot betaling van de schuld van de aansprakelijke, en zijn dus niet toe te rekenen op de schadeloosstelling.

Zijn dus niet toe te rekenen de uitkeringen gedaan na een omhaling ter gelegenheid van een ramp, steun of bijstand van verwanten of geburen, enz. (DEMOGUE, IV, nr. 607, blz. 283; PLANIOL/RIPERT, VI, nr. 692, blz. 935; L. RIPERT, nr. 75, blz. 87; MAZEAUD, I, 1965, nr. 271, blz. 356; DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif* (1929), nr. 169, blz. 571; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033, blz. 1086;

Rép.P.Dr.B., Tw. *Responsabilité,* nr. 1942; SCHUERMANS/DE CEUSTER/VAN OEVELEN/VERELLEN, *De wettelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de Benelux,* 1979, nr. 209, blz. 280; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* 1965, nr. 241, blz. 347; BLOEMBERGEN, A.R., *Onrechtmatige daad,* II, nr. 32; R. PIRET, noot onder Cass., 29 sept. 1948, *J.T.*, 1949, 70; R. GEIGEL, *Der Haftpflichtprozess,* blz. 14; OFTINGER, § 6, II, B, blz. 137; GLARNER, blz. 62; GUHL, § 10, III, c, blz. 67; REIFFERSCHEID/BÖCKEL/BENSELER, *Lexikon des Rechts,* 1968, 1, II, 385; KEMP and KEMP, *The quantum of damages,* I, 1975, blz. 86 e.v.; G. GANZ, *Mitigation of damages by benefits received, The Modern Law Review,* 1962, blz. 559 e.v.; Gent, 12 febr. 1959, *R.G.A.R.*, 1960, 6424 met noot DALCQ; Corr. Luik, 27 nov. 1963, *J.T.*, 1964, 130).

Evenmin is toe te rekenen de uitkering die vrijwillig door een verzekeringsmaatschappij wordt gedaan, boven haar contractuele verplichtingen (Cass., 10 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 173; *R.G.A.R.*, 1947, 3994).

Inderdaad, dergelijke uitkeringen strekken er toe bijstand te verlenen aan de getroffene die in nood is, en bedoelt geenszins de last van de aansprakelijke te verminderen. De bedoeling van de partijen is hier eens te meer bepalend.

De vermogensvermeerdering die door de samenvoeging van deze uitkeringen en de schadeloosstelling kan ontstaan, is niet zonder rechtsgrond, aangezien zij integendeel door het *animus donandi* van de schenker verantwoord is.

Behoudens het geval van het voortbetalen van het loon (zie verder, nr. 597 e.v.) moest de Belgische rechtspraak deze principes niet dikwijls uitdrukkelijk toepassen (zie o.m. Brussel, 4 mei 1874, *Pas.*, 1874, II, 294; *vgl.* Cass., 10 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 173; *R.G.A.R.*, 1947, 3994).

In een alleenstaand arrest van het Hof van Beroep te Luik wordt met liefdadige tussenkomsten in een zekere mate rekening gehouden. Het Hof had ten aanzien van de omstandigheden aanvaard, dat de slachtoffers van een ongeval, door hun vervoerder veroorzaakt, impliciet afstand gedaan hadden van hun recht op volledige schadeloosstelling in geval zij slachtoffers zouden geworden zijn van een ongeval, omdat de vervoerder hen hiervan verwittigd had dat hij niet verzekerd was, hen vragend zich persoonlijk te verzekeren. Het Hof houdt met deze omstandigheid rekening om de schadeloosstelling niet volledig ten laste te leggen van de vervoerder en vervolgt: „que d'ailleurs la commune et la charité publique ont essayé de couvrir en organisant des secours aux familles éprouvées" (Luik, 17 jan. 1935, *R.G.A.R.*, 1935, 1794).

572 Anders is het geval waar deze uitkeringen niet door een derde gedaan worden, maar door de aansprakelijke zelf.

Waar de aansprakelijke niets anders betaalde dan een voorschot op hetgeen hij als schadeloosstelling verschuldigd is, bestaat geen moeilijkheid voor de toerekening. Het kan echter voorkomen dat de aansprakelijke, vooraleer zijn aansprakelijkheid vaststaat, uitkeringen aan de benadeelde heeft gedaan.

Dit leidt tot een heel ander probleem dan dat betreffende de uitkeringen door derden gedaan.

Bij het onderzoek naar de bedoeling der partijen zal meestal kunnen vastgesteld

worden dat de aansprakelijke, was hij van het bestaan van zijn verbintenis tot schadeloosstelling bewust geweest, de door hem gedane uitkeringen tot bijstand of verzorging van de benadeelde, zou toegerekend hebben op de schadeloosstelling die hij zou kunnen verschuldigd zijn.

Het zou overigens al te onbillijk zijn, dezelfde persoon tweemaal hetzelfde te doen betalen aan dezelfde schuldeiser. Alle cumulatie is hier dus uit te sluiten (in die zin: AUBRY/RAU door BARTIN, VI, § 445, blz. 351 e.v.; GLARNER, blz. 61; Rb. Brussel, 5 dec. 1952, *R.G.A.R.*, 1953, 5222).

573 Waar een O.C.M.W. ten voordele van een gekwetst slachtoffer tussenkomt, zal dit voordeel toe te rekenen zijn en is cumulatie van aanspraken door de benadeelde uitgesloten.

Het O.C.M.W. beschikt immers, krachtens art. 98, § 2 van de Wet van 8 juli 1976 over een eigen recht om de kosten van de maatschappelijke dienstverlening te verhalen op hen die aansprakelijk zijn voor de verwonding of ziekte die het verstrekken van de hulpverlening noodzakelijk heeft gemaakt (zie verder, nr. 1037).

2. *Verzekeringen*

574 Ter zake van verzekeringen geldt een belangrijk onderscheid tussen de schadeverzekering en de sommenverzekering — ook wel eens als zakenverzekering en personenverzekering onderscheiden — dat, afgezien van het belang daarvan op andere gebieden der verzekering, bepalend is voor de toerekening van de uitkeringen door de verzekeraar aan de benadeelde gedaan.

De schadeverzekering — zoals brand-, transport-, diefstalverzekering, e.d.m. — tot en met de aansprakelijkheidsverzekering, strekken er uitsluitend toe de verzekerde te dekken tegen een werkelijke schade die hij in zijn vermogen ondergaat. De schadeverzekering strekt dus tot schadeloosstelling doordat zij een welbepaalde vermogenswaarde wil beschermen tegen een risico van schade. Daartegenover vertoont de sommenverzekering niet dit zelfde verband met de werkelijk geleden schade. Zij strekt er toe na de verwezenlijking van de gebeurtenis door het verzekeringscontract bepaald, aan de begunstigde een som te doen uitkeren, waarvan het bedrag door de verzekeringsovereenkomst bepaald is, en die geenszins verband houdt met de omvang van de werkelijk geleden schade, maar integendeel van verschillende andere factoren, die ook in de overeenkomst bepaald zijn, hoofdzakelijk in verhouding tot het bedrag van de betaalde premies (zie over dit onderscheid MOLENGRAAFF, *Leiddraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht*, II (1948), blz. 792; blz. 800 e.v.; blz. 909 e.v.; WOLFSBERGEN, blz. 199 e.v.; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis*, blz. 1088 e.v.; VAN EECKHOUT, nr. 63 en 64; VAN DIEVOET, *Verslag over de verzekering*, II, blz. 23 e.v. en blz. 48 e.v.; DALCQ, II, nr. 3111 e.v.; R. VANDEPUTTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIV, *Verzekeringsrecht*, blz. 21 e.v. en blz. 36; SCHUERMANS/DE CEUSTER/VAN OEVELEN/VERELLEN, *De wettelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de Benelux*, nr. 209, blz. 282; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II,

nr. 1013-1014, blz. 349 e.v.; MAZEAUD, I, 1965, nr. 233 e.v., blz. 293 e.v.; OFTINGER, I, § II, blz. 275 e.v.; GUHL, § 112, II, blz. 738).

In verband met de schadeloosstelling na onrechtmatige daad dient het belang van dit onderscheid slechts onderstreept te worden betreffende de cumulatie van de uitkeringen door de verzekeraar betaald met de schadeloosstelling, alsmede met het verhaalsrecht van de verzekeraar die al dan niet in de rechten van de verzekerde getreden is tegenover derden.

575 Welnu, waar de schadeverzekeringer toe strekt een werkelijke schade te herstellen, terwijl de verzekerde zich door de verzekering niet mag verrijken, is alle cumulatie uitgesloten.

De verzekeraar die de schade vergoed heeft, is ten andere luidens art. 22 van de Wet van 11 juni 1874 op de Verzekeringen, wettelijk gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde (VAN HOUTTE, *Cumulatie van vergoedingen*, R.T., 1936, blz. 524 e.v.; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis*, blz. 1088; WOLFSBERGEN, blz. 200; DEMOGUE, IV, nr. 608, blz. 284 e.v.; OFTINGER, I, § 11, blz. 278 e.v.; DALCQ, II, nr. 3135; L. FREDERICQ, *Handboek voor Belgisch Handelsrecht*, II, nr. 1013-1014, blz. 349 e.v.; R. VANDEPUTTE, *a.w.*, blz. 23 e.v.; M. VANDEUR, *Schadeloosstelling volgens gemeen recht*, 1979, blz. 60; SCHUERMANS/DE CEUSTER/VAN OEVELEN/VERELLEN, *a.w.*, nr. 209, blz. 282; J.L. FAGNART, noot onder Brussel, 9 mei 1977, *R.G.A.R.*, 1978, 9923; FREDERICQ/COUSY/ROGGE, *Overzicht van rechtspraak, 1969-1978, Verzekeringen, T.P.R.*, 1981, nr. 44, blz. 415).

De verzekeraar kan zijn verhaal instellen tegen ieder persoon die, om het eender hoe, tengevolge van het schadegeval schuldeiser wordt van de verzekerde (Brussel, 9 mei 1977, *R.G.A.R.*, 1978, 9923 met noot FAGNART).

Het cumulatieverbod, dat gesteund is zowel op de aard en de strekking van de overeenkomst voor schadeverzekering als op het feit van het verhaalsrecht van de verzekeraar, mag echter niet verkeerd begrepen worden.

Waar cumulatie van aanspraken verboden is, bestaat evenwel samenloop van aanspraken. De benadeelde beschikt vooreerst over de keuze tussen de twee schuldenaars, nl. de verzekeraar en de aansprakelijke.

Het feit der verzekering belet zijn aanspraak uit onrechtmatige daad niet. Deze wordt slechts in de maat van de betaling door één van de beide schuldenaars uitgedoofd of verminderd. Derhalve mag de benadeelde de betaling door de verzekeraar altijd van de aansprakelijke het gedeelte van de schadeloosstelling vorderen, dat door de verzekeraar niet betaald was, b.v. in geval van onderverzekering. Men spreekt hier dan ook wel eens van *cumul à due concurrence* (GUIHO, nr. 22, blz. 21 e.v.; *vgl.* MAZEAUD, I, 1965, nr. 233 e.v., blz. 293; OFTINGER, I, § II, blz. 275 e.v.).

Bij de samenloop van het verhaal van de gesubrogeerde verzekeraar met de vordering van de benadeelde voor het saldo, zal de benadeelde voorrang hebben op de verzekeraar krachtens art. 22, 3e lid van de Wet van 11 juni 1874 op de Verzekeringen overeenkomstig art. 1252 B.W. (zie DE PAGE, III, nr. 552, blz. 555; L. FREDERICQ, *a.w.*, nr. 1076, blz. 394; FREDERICQ/COUSY/ROGGE, *a.w.*, T.P.R.,

1981, nr. 44, blz. 418; Brussel, 28 nov. 1968, *Pas.*, 1969, II, 36; *R.G.A.R.*, 1970, 8469; Rb. Verviers, 28 juni 1971, *Verz.*, 1973, 785; Gent, 10 febr. 1972, *Verz.*, 1974, 419 met noot A.T.; *vgl.* voor Nederland nochtans T.J. DORHOUT MEES, *Subrogatie van de verzekeraar, T.P.R.*, 1972, 35, nr. 12 onder voetnoot 6).

In dit verband dient nog uitdrukkelijk melding gemaakt van twee recente arresten van het Hof van Cassatie, waarin het Hof oordeelde dat, bij samenloop van het voorrecht van de werknemer, verleend bij art. 19, 3°*bis* van de Hypotheekwet, met het voorrecht van het Fonds voor sluiting van ondernemingen dat in de rechten van de werknemer is getreden, deze laatste zijn rechten, voor hetgeen hem nog verschuldigd blijft, vóór het Fonds kan uitoefenen (Cass., 6 dec. 1982, *Arr.Cass.*, en *Pas.*, op datum, *R.W.*, 1982-83, 1801 met conclusie LENAERTS; Cass., 23 dec. 1982, *Arr.Cass.*, en *Pas.*, op datum, *J.T.*, 1983, 172 met noot REGOUT-MASSON).

Merkwaardig in deze arresten is het feit dat het Hof zich hiervoor niet steunt op art. 1252 B.W., maar wel, en dit in overeenstemming met adv.-generaal LENAERTS, op de strekking en de *ratio legis* van de Wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting der ondernemingen ontslagen werknemers, nl. het verruimen der waarborgen van de werknemers om betaling te verkrijgen van hetgeen de werkgever in geval van sluiting nog verschuldigd is.

Ofschoon LENAERTS in zijn conclusie bij het arrest van 6 december 1982 de vraag over de toepasselijkheid van art. 1252 B.W. op grond van formele tekstargumenten negatief beoordeelde, vinden we in de bewoordingen van het arrest zelf geen antwoord op het aldus bestaande rechtsprobleem (conclusie LENAERTS bij Cass., 6 dec. 1982, *R.W.*, 1982-83, 1803 e.v.).

De bespreking en de slotsom van REGOUT-MASSON, om uit het arrest van 23 december 1982 tot de toepasselijkheid van art. 1252 B.W. te besluiten lijkt derhalve op zijn minst voorbarig (noot REGOUT-MASSON onder Cass., 23 dec. 1982, *J.T.*, 1983, 173, en kritiek op deze noot door F. KENIS, *J.T.*, 1983, 418).

Deze voorrang blijft gelden zowel wanneer de schuldvordering tegen de aansprakelijke derde, een bevoorrechte of met zekerheden voorziene schuldvordering is, als wanneer het om een gewone schuldvordering gaat (DE PAGE, III, nr. 552, blz. 555; R. VANDEPUTTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIV, *Verzekeringsrecht*, blz. 115).

De verzekeraar die zich op de subrogatie wil beroepen, draagt de bewijslast (Kh. Brussel, 9 jan. 1978, *R.H. Antw.*, 1977-78, 278).

576 De reeds vermelde subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de benadeelde sluit de cumulatie van vergoedingen uit, zowel ten aanzien van de verzekeraar, nadat de aansprakelijke betaalde, als ten aanzien van de aansprakelijke, in de mate waarin de verzekeraar de werkelijke schade vergoed heeft.

Er wordt weliswaar gezegd dat de subrogatie van de verzekeraar slechts de cumulatie van vergoedingen belet in de verhouding tussen de benadeelde-verzekerde en zijn verzekeraar, en dat de aansprakelijke er geen enkel belang bij zou hebben dit verbod van cumulatie in te roepen vermits hij nooit meer dan het bedrag van de veroorzaakte schade zal moeten vergoeden (DE PAGE, II, nr. 1033*bis*, blz. 1088; Corr. Brussel, 21 jan. 1938, *R.G.A.R.*, 1938, 2694; Corr. Brussel, 19 jan. 1939, *R.G.A.R.*, 1939, 3000).

Dit is slechts juist waar de dader aangesproken wordt vóór dat de verzekeraar betaalde; maar dan is laatstgenoemde nog niet in de rechten van de verzekerde getreden, aangezien de subrogatie afhankelijk is van de betaling der vergoeding.

Maar andersom zal, na de betaling van de volledige schadeloosstelling door de aansprakelijke, door het verbod van cumulatie alle verdere aanspraak tegen de verzekeraar onmogelijk zijn (P. LALOUX, *Traité des assurances terrestres*, nr. 42, blz. 38 en nr. 338, blz. 313).

Zodra de vergoeding door de verzekeraar uitbetaald wordt, zal de verzekeraar wettelijk gesubrogeerd zijn en de aanspraak van de benadeelde, — in de mate waarin hij b e t a a l d is door de verzekeraar, tegen de dader uitgedoofd zijn, terwijl de rechtsvordering door de wettelijke subrogatie op de verzekeraar overgegaan is.

Aangezien de vordering van de gesubrogeerde verzekeraar deze is van de verzekerde zelf, zal de aansprakelijke derde alle verweermiddelen en excepties, die hij aan de persoonlijke rechtsvordering van het slachtoffer had kunnen tegenwerpen, kunnen inroepen (Cass., 26 april 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 926; *Pas.*, 1974, I, 873; *R.W.*, 1974-75, 419 met noot; *R.G.A.R.*, 1975, 9426).

De rechtsvordering van de benadeelde, die van de verzekeraar volledige vergoeding van zijn schade ontving, is tegenover de aansprakelijke n i e t o n t v a n k e l i j k (Cass., 30 dec. 1909, *Pas.*, 1910, I, 55; DORHOUT MEES, *Schadeverzekeringsrecht*, (1953), blz. 410 en blz. 421; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, 1965, nr. 267, blz. 385; FREDERICQ, *a.w.*, nr. 1075, A, blz. 393).

De wettelijke subrogatie van de verzekeraar krachtens artikel 22 der Verzekeringswet van 11 juni 1874 is weliswaar bijzonder van aard, in die zin dat zij geen toepassing uitmaakt van de principes der gemeenrechtelijke indeplaatststelling, aangezien de verzekeraar zijn eigen schuld betaalde (*vgl.* R. VANDEPUTTE, *a.w.*, blz. 115).

Afgezien van deze afwijking van de algemene regel van artikel 1251 B.W., zijn de gevolgen van deze wettelijke subrogatie volledig dezelfde ,,Behalve wat haar oorsprong aangaat is de subrogatie van de verzekeraar onderworpen aan de regeling van het burgerlijk wetboek'' (VANDEPUTTE, *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, blz. 74; in dezelfde zin: LALOUX, *Assurances*, nr. 340, blz. 314 e.v.; PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 1233, blz. 567; *vgl.* H.M. DELOOF, *Des effets de la subrogation légale de l'assureur-incendie*, *J.T.*, 1950, 289).

Indien de benadeelde ondanks de subrogatie, betaling vordert van de aansprakelijke, die van het bestaan der subrogatie onkundig is gebleven, zal de aansprakelijke die te goeder trouw betaalde, luidens artikel 1240 B.W. geldig bevrijd zijn.

Daarom is in art. 22 van de Verzekeringswet (*vgl.* art. 284 Ned. H.W.) bepaald dat de verzekerde verantwoordelijk is voor elke daad die de rechten van de verzekeraar tegenover derden mocht benadelen.

577 Ten onrechte wordt wel eens beweerd dat de benadeelde, die door de verzekeraar der schadeverzekering vergoed is, de som van de door hem betaalde premies zou mogen verhalen op de aansprakelijke (MAZEAUD, I, nr. 234, noot 2, blz. 295).

Deze stelling is onhoudbaar. Deze betaling immers, is geen gevolg van de onrechtmatige daad, evenmin wat haar ontstaan als wat haar omvang betreft. Dit is een alleszins gedane uitgave, die tegen de dader niet kan verhaald worden (WOLFSBERGEN, blz. 200).

578 De s o m m e n v e r z e k e r i n g is integendeel m e e s t a l niets anders dan een kanscontract dat niets met de schade te maken heeft. Deze voorzorg van de benadeelde mag alleen aan laatstgenoemde die de last der premies droeg, niet aan de aansprakelijke ten goede komen. De verzekeringnemer heeft de premies voor zichzelf en niet voor de aansprakelijke betaald, terwijl het verzekerd kapitaal, geen enkel verband vertoont met de werkelijk geleden schade, en geen subrogatie ten voordele van de verzekeraar geldt (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1932; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis*, blz. 1088; VAN DIEVOET, *Verslag over de verzekering*, II, blz. 48; R.T. VAN HOUTTE, 1936, blz. 520 e.v.; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II; 1978, nr. 1013 A, blz. 350 e.v.; R. VANDEPUTTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIV, *Verzekeringsrecht*, 1978, blz. 21; DEMOGUE, IV, nr. 608, blz. 284 e.v.; GUIHO, nr. 22, blz. 21 e.v.; WOLFSBERGEN, blz. 200; *vgl.* A.R.

BLOEMBERGEN, *Onrechtmatige daad,* II, nr. 315 en 386; MACHLEID, *Zur Vorteilsausgleichung, Juristenzeitung,* 1952, 645).

De uitkeringen in kapitaal of rente tot uitvoering van een levensverzekering mogen dan ook niet toegerekend worden op de schadeloosstelling (*vgl.* M. FONTAINE, *L'assurance collective et la distinction entre assurances de choses et assurances de personnes,* noot onder Cass., 31 okt. 1966, *R.Crit.J.B.,* 1969, 165; ASSER-RUTTEN, III (De verbintenis uit de wet), blz. 259, blz. 190 en 196; SCHUERMANS/DE CEUSTER/VAN OEVELEN/VERELLEN, *De wettelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de Benelux,* 1979, nr. 209, blz. 282; M. VANDEUR, *Schadeloosstelling volgens gemeen recht,* 1979, blz. 60; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis,* B, blz. 1088-1089; DORHOUT MEES, *Schadeverzekeringsrecht,* blz. 409-410).

Dezelfde oplossing geldt, behoudens de betwisting over de vergoeding van kosten (zie verder, nr. 579) voor de ongevallenverzekering, krachtens welke aan de benadeelde uitkeringen gedaan worden, die vooraf in het contract op forfaitaire wijze bepaald waren, b.v. in verhouding tot het percentage van de invaliditeit, zodat het verband met de werkelijke schade heel los is (zie o.m.: Corr. Bergen, 14 november 1931, *R.G.A.R.,* 1931, 856; Brussel, 23 maart 1932, *R.G.A.R.,* 1932, 1060; Corr. Antwerpen, 29 december 1939, *R.G.A.R.,* 1940, 3341; Jos. GOEDSEELS, *R.G.A.R.,* 1931, 850, blad 3-4, nr. 31; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis,* blz. 1088 e.v.; H.R., 28 nov. 1969, *N.J.,* 1970, 172; DORHOUT MEES, *Schadeverzekeringsrecht,* blz. 409; SCHUERMANS/DE CEUSTER/VAN OEVELEN/VERELLEN, *a.w.,* nr. 209, blz. 282).

Het ontbreken van het verband tussen de schade en de verzekeringsuitkeringen, komt tot uiting waar de verwezenlijking van het risico bij sommenverzekering terecht als het *verzekerings* geval aangeduid wordt, terwijl bij schadeverzekering gesproken wordt van *schade* geval (VAN DIEVOET, *Verslag over de verzekering,* II, blz. 48).

Heel juist wordt door VAN DIEVOET in artikel 96, tweede lid, van zijn Ontwerp-Verzekeringswet het cumulatieprincipe geformuleerd:

,,De bedragen, door den verzekeraar krachtens de overeenkomst betaald, worden niet afgetrokken van het bedrag der schadevergoeding die door den verantwoordelijken derde verschuldigd is'' (VAN DIEVOET, II, blz. 106).

579 Er werd in het voorgaande nummer gezegd dat de sommenverzekering meestal geen uitstaans heeft met de werkelijke schade, en slechts een kanscontract is dat vreemd is aan de idee der schadeloosstelling. Uitzonderlijk kan een sommenverzekering tot schadeloosstelling strekken.

Het klassieke onderscheid tussen schadeverzekering en sommenverzekering wordt, zoals o.m. door VAN DIEVOET opgemerkt wordt, soms te scherp gemaakt (VAN DIEVOET, *Verslag over de verzekering,* II, blz. 24). Er komen inderdaad verzekeringen voor die niet zo heel duidelijk te rangschikken zijn, althans niet in hun geheel. Dit is vooral het geval met de ongevallenverzekeringen.

Indien de verzekeraar de geneeskundige en farmaceutische kosten van het slachtoffer vergoedde, dan werd hierdoor een werkelijke schade naar haar juiste

omvang hersteld. Alhoewel zulks geschiedde krachtens een persoonlijke door de benadeelde of door een derde, te zijnen voordele aangegane verzekering, kan hier niet meer van sommenverzekering gesproken worden, maar is er schadeverzekering; zodat het verbod van cumulatie geldt, alsmede de wettelijke subrogatie van de verzekeraar (VAN DIEVOET, II, blz. 24; Corr. Brussel, 19 januari 1939, *R.G.A.R.*, 1939, 3000; *anders:* DE PAGE, II, nr. 1033*bis*, G, blz. 1093, en voetnoot 3; Corr. Bergen, 24 juni 1954, *R.G.A.R.*, 1955, 5587).

In die zin voorziet VAN DIEVOET terecht in het derde lid van artikel 96 van zijn Ontwerp-Verzekeringswet ,,De bepalingen (cumulatieprincipe en uitsluiting van subrogatie) zijn niet van toepassing in geval en in de mate waarin de bij dit hoofdstuk geregelde verzekeringen (nl. de sommenverzekeringen) vergoeding van geleden schade tot voorwerp hebben'' (VAN DIEVOET, II, blz. 106).

Het type van de verzekering is derhalve niet bepalend. Men moet integendeel nagaan welke bedingen de polis bevat. Dit werd duidelijk in die zin beslist door het Hof van Cassatie betreffende de zogenaamde collectieve verzekering.

Er moet nl. nagegaan worden of de collectieve verzekering risico's dekte voor een op voorhand bepaalde som, onafhankelijk van de werkelijk geleden schade, dan wel of ze tot strekking had, een werkelijke schade te dekken, zij het ook slechts gedeeltelijk (Cass., 24 mei 1954, *Pas.*, 1954, I, 823; *R.G.A.R.*, 1955, 5504; *J.T.*, 1955, 59; Cass., 2 febr. 1959, *Pas.*, 1959, I, 555; Cass., 9 nov. 1959, *Pas.*, 1960, I, 290; *R.G.A.R.*, 1960, 6587; *Bull.Ass.*, 1961, 412; Cass., 19 sept. 1960, *Pas.*, 1961, I, 64; *Bull.Ass.*, 1962, 282 e.v. met noot R.V.G.; *vgl.* Luik, 14 juni 1961, *Bull.Ass.*, 1962, 311; Luik, 10 april 1963, *Bull.Ass.*, 1964, 267 met noot R.V.G.; Brussel, 16 febr. 1965, *Bull.Ass.*, 1966, 73 met noot R.V.G.; Gent, 10 dec. 1966, *Bull.Ass.*, 1968, 1009 met noot R.V.G.; Rb. Gent, 11 april 1967, *R.G.A.R.*, 1969, 8229; zie ook L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, 1978, nr. 1259, blz. 503).

580 Vaak zal, buiten de levensverzekeringen, in de polis van een sommenverzekering, een bedongen subrogatie voorkomen.

Aan de ene kant is hier geen wettelijke subrogatie aangezien artikel 22 Verzekeringswet tot de schadeverzekering beperkt is.

De subrogatie uit overeenkomst geldt slechts tussen de verzekeraar en de verzekerde.

Uit deze bedongen subrogatie blijkt weliswaar de bedoeling van de partijen (verzekeraar en verzekerde) om de cumulatie uit te sluiten, en integendeel de door de verzekeraar gedane uitkeringen toe te rekenen op de schadeloosstelling die ten laste van de derde is. Dit beding strekt tot voordeel van de verzekeraar, en niet tot voordeel van de aansprakelijke.

Welnu, ofwel vordert de verzekeraar de uitkeringen van de verzekerde terug, wanneer die vergoed werd door de aansprakelijke, en is in werkelijkheid cumulatie uitgesloten.

Ofwel verzaakt de verzekeraar dit recht; dan kan deze vrijgevigheid niet ten goede komen van de dader, maar enkel van het slachtoffer.

Derhalve zal de verzekerde zijn aanspraak ten aanzien van de aansprakelijke niet verliezen. De aansprakelijke zal geen tweede maal voor hetzelfde bedrag door de

verzekeraar kunnen aangesproken zijn. Hij zal luidens artikel 1240 B.W. geldig bevrijd zijn door zijn betaling in handen van de verzekerde, terwijl laatstgenoemde gebeurlijk als naamlener van de verzekeraar in het geding kan optreden (Cass., 6 mei 1915, *Pas.*, 1915-16, I, 285 met conclusie PHOLIEN).

De verzekeraar betaalde aan de verzekerde zijn eigen schuld en is dus ten aanzien van de derden, niet wettelijk gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde. Derhalve heeft de aansprakelijke noch bevoegdheid, noch belang om zich op deze bedongen subrogatie te beroepen (Cass., 15 febr. 1938, *Pas.*, 1938, I, 47; Cass., 10 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 172; *R.G.A.R.*, 1947, 3994).

581 Wanneer een overdracht van schuldvordering tussen de verzekeraar en het verzekerde slachtoffer bedongen is, is de oplossing zeer eenvoudig.

Ook hieruit blijkt de bedoeling van de partijen om de cumulatie uit te sluiten, echter eens te meer niet ten voordele van de aansprakelijke, maar van de verzekerde (R.V.G., noot onder Brussel, 16 febr. 1965, *Bull.Ass.*, 1966, 76). De vereisten waaraan de overdracht van de aanspraak op schadeloosstelling moet voldoen, werden reeds besproken (zie boven, nr. 186 e.v.).

De aansprakelijke die overeenkomstig artikel 1690 B.W. de overdracht erkende of aan wie ze ter kennis gebracht werd zal zich voortaan slechts op geldige wijze in handen van de cessionaris, ter zake de verzekeraar, kunnen bevrijden. Cumulatie is hier uitgesloten.

3. Verzekering tegen ziekte en invaliditeit

582.1 De invloed van de verplichte verzekering tegen ziekte en invaliditeit op de schadeloosstelling is wettelijk geregeld door art. 70, § 2 van de Wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Dit artikel, waarvan bepaalde aspecten wegens hun belangrijkheid hieronder meer *in extenso* worden belicht, bepaalt in het eerste lid: „De bij deze wet bepaalde prestaties worden geweigerd indien voor de schade voortvloeiend uit ziekte, letsels, functionele stoornissen of overlijden, krachtens een andere Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of in het gemeen recht werkelijk schadeloosstelling is verleend. Belopen de bedragen welke krachtens die wetgeving of het gemeen recht worden verleend evenwel minder dan de prestaties van de verzekering, dan heeft de rechthebbende recht op het verschil ten laste van de verzekering."

De prestaties worden, onder de door de Koning bepaalde voorwaarden, toegekend in afwachting dat de schade effectief wordt vergoed krachtens een andere Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of het gemeen recht (art. 70, § 2, 3de lid).

De verzekeringsinstellingen, nl. de wettelijk erkende landsbonden en de Hulpkas voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, treden rechtens in de plaats van de rechthebbende (art. 70, § 2, 4de lid).

Dit betekent dat een vordering, ingesteld door een verbond van ziekenfondsen, aangesloten bij een

landsbond van verbonden, van maatschappijen van onderlinge bijstand, onontvankelijk is. Enkel de landsbonden zijn gemachtigd om de bepalingen van de Wet van 9 augustus 1963 inzake de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering toe te passen (Brussel, 30 okt. 1973, *Inf. blad R.I.Z.I.V.*, 1974, 54).

582.2 Uit de tekst van art. 70, § 2 kan vooreerst worden afgeleid dat de ziekenfondsen een prioritaire uitbetalingsverplichting hebben, indien de sociaal verzekerde aan zijn mededelingsplicht, omschreven bij art. 241 van het K.B. van 4 november 1963 tot uitvoering van de Wet van 9 augustus 1963 voldaan heeft, tenzij de schade reeds effectief door een andere wetgeving of het gemeen recht werd vergoed (zie o.m. J. LECLERCQ, *Het onverschuldigde in het sociale zekerheidsrecht, B.T.Soc.Z.*, 1976, nr. 52 e.v., blz. 956 e.v.; P. DENYS, *Droit de la sécurité sociale*, 1977, blz. 31-26; V. LUMAY, *La subrogation légale de l'organisme assureur A.M.I. et la prescription, J.T.T.*, 1973, 65; D. SIMOENS in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en strafrecht, fiscaal recht, familierecht, arbeidsrecht, aansprakelijkheidsrecht*, I, 1979, nr. 47, blz. 285; L. SCHUERMANS, *De aanspraken van de ziekenfondsen* in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, 1979, blz. 230; R. MATHIEU, *De samenloop van arbeidsongevallenvergoedingen met andere sociale prestaties of met een gemeenrechtelijke schadeloosstelling, B.T.Soc.Z.*, 1982, blz. 165 e.v.; *vgl.* Arbrb. Brussel, 20 dec. 1973, *J.T.T.*, 1974, 106 met noot DE LEYE; Arbrb. Brussel, 17 jan. 1974, *J.T.T.*, 1974, 105 met noot DE LEYE).

Op basis van art. 241 van het K.B. van 4 november 1963 dient de persoon, die om verzekeringsprestaties verzoekt, zijn verzekeringsinstelling de mogelijkheid te bieden om haar rechten voorzien in art. 70, § 2 uit te oefenen en derhalve de verzekeringsinstelling op de hoogte te brengen

— dat de schade kan gedekt worden door het gemeen recht of door een andere wetgeving

— van alle gegevens of omstandigheden waardoor kan worden uitgemaakt of de schadeloosstelling moet geschieden krachtens het gemeen recht of een andere wetgeving, met inbegrip van de gerechtelijke informaties of handelingen waarvan hijzelf of de personen te zijnen laste i.v.m. de schade het voorwerp zouden zijn

— van elke ingestelde vordering of andere procedure ter verkrijging, voor hem persoonlijk of voor de personen te zijnen laste, van de schadeloosstelling krachtens het gemeen recht of een andere wetgeving (m.b.t. art. 241 en meer in het bijzonder over de discrepantie tussen art. 70, § 2 en art. 241, zie o.m. Ph. GOSSERIES, noot onder Arbh. Brussel, 12 april 1974, *J.T.T.*, 1974, 165 e.v.; W. PEERAER, *De wettelijke indeplaatsstelling in de Z.I.V., Inf. blad R.I.Z.I.V.*, 1973, 235 e.v.).

De prioritaire verplichting tot uitbetaling vindt haar grondslag in de bekommernis om de sociaal verzekerde te beschermen tegen de onzekerheid en het geld- en tijdverlies die met de schadeloosstelling op grond van aansprakelijkheid of andere wetten gepaard kunnen gaan (V. LUMAY, *La subrogation légale de l'organisme assureur A.M.I. et la prescription, J.T.T.*, 1973, 65; D. SIMOENS, *a.w.*, nr. 5, blz. 264; D. SIMOENS, *Overzicht van rechtspraak. Ziekte- en invaliditeitsverzekering (sept. 1973-sept. 1977), R.W.*, 1977-78, nr. 21, 1397).

Evenals voor de verzekering in het algemeen (zie boven, nr. 576) verschaft de werkelijke uitbetaling door de verzekeringsinstelling de voorwaarde en de maat van de subrogatie tegenover de schadeverwekker of de verzekeraar die op grond van een andere wetgeving vergoedingsplichtig is (zie art. 70, § 2; *vgl.* Cass., 16 maart 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 672; *Pas.*, 1970, I, 629).

583.1 In de gevallen waarin de schade door het gemeen recht of door een andere, Belgische of vreemde, wetgeving is gedekt, kan geen sprake meer zijn van prestaties in het kader van de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Een dubbele vergoeding voor eenzelfde schade is immers uitgesloten (*vgl.* Cass., 16 maart 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 672; *Pas.*, 1970, 629; Cass., 15 maart 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 675; *Pas.*, 1971, 646; *R.W.*, 1971-72, 651 met noot C.; *Verz.*, 1972, 39 met noot V.H.; *J.T.*, 1971, 272; Cass., 8 jan. 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 507; *Pas.*, 1979, 506; *R.G.A.R.*, 1981, 10.384 met noot J. MOINS; *J.T.T.*, 1979, 272 met noot Ph. GOSSERIES; Cass., 4 juni 1982, *Arr.Cass.*, en *Pas.*, op datum; *R.W.*, 1982-83, 1866; *Verz.*, 1982, 421; *J.T.*, 1982, 801; zie ook J. MOINS, *Le cumul des prestations de l'A.M.I. et des indemnités dues en vertu du droit commun ou d'autres législations,* noot onder Commissie van Beroep, 12 dec. 1967, *R.G.A.R.*, 1967, 8131; Ph. GOSSERIES, *La Cour de Cassation et l'art. 70, § 2 de la loi du 9 août 1963 sur l'A.M.I., J.T.T.*, 1981, nr. 8 e.v., 199).

De omvang en de draagwijdte van het cumulatieverbod en derhalve van het begrip eenzelfde schade moet aldus nauwkeuriger worden omschreven.

Aan de ene kant dient te worden nagegaan of de schadeposten waarvoor een beroep op prestaties in het kader van de ziekte- en invaliditeitsverzekering wordt gedaan, overeenstemmen met deze welke het voorwerp van een gemeenrechtelijke schadeloosstelling uitmaken. Aldus zal een vergoeding wegens morele schade geen invloed hebben op de tussenkomst krachtens de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Voor het aflijnen van het cumulatieverbod moet aan de andere kant een onderscheid naar de oorzaken van de schade gemaakt worden:

— Indien de kosten voor gezondheidszorgen of arbeidsongeschiktheid veroorzaakt werden door een foutief optreden van een derde (of door een arbeidsongeval of een andere gebeurtenis die een aanspraak in een andere wetgeving doet ontstaan), mag de verzekeringsinstelling slechts het verschil uitbetalen tussen haar eigen prestaties en degene, verstrekt op grond van het aansprakelijkheidsrecht.

— Indien er echter twee oorzaken aan de grondslag van de schade liggen (b.v. een ongeval met verantwoordelijke derde en een ziekte) moet worden onderzocht of het vermogen tot verdienen ten gevolge van de onrechtmatige daad in de mate van art. 56 van de Wet van 9 augustus 1963, nl. meer dan 66 %, werd aangetast.

Ingeval dit vermogen tot verdienen in de mate van art. 56 werd verminderd, zou een uitkering van prestaties krachtens de ziekte- en invaliditeitsverzekering een ongeoorloofde cumulatie van vergoedingen inhouden. Het slachtoffer heeft derhalve in deze hypothese geen aanspraak op tussenkomst van de verzekeringsinstelling.

Zo de onrechtmatige daad het vermogen tot verdienen niet in de mate van art. 56 had aangetast, dan moeten de prestaties krachtens de ziekte- en invaliditeitsverzekering naast de gemeenrechtelijke schadeloosstelling worden verleend, zonder dat op het principe van het cumulatieverbod inbreuk wordt gepleegd (zie hierover o.m. J. VAN STEENBERGE, *Schade aan de mens, deel I, Evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in het recht,* 1975, blz. 333; D. SIMOENS, in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en*

strafrecht, fiscaal recht, familierecht, arbeidsrecht, aansprakelijkheidsrecht, I, 1979, nr. 23 e.v., blz. 275 e.v.).

Het omschrijven van de grenzen van het begrip eenzelfde schade, heeft in de rechtspraak in ruime mate aanleiding gegeven tot moeilijkheden. In het kader van onderhavige studie moge het echter volstaan te verwijzen naar publikaties die de bovenstaande beginselen uitgebreider aan de rechtspraktijk toetsen (zie o.m. SCHUERMANS/SCHRIJVERS e.a., *Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling 1969-1976, T.P.R.*, 1977, nr. 76, blz. 565 e.v.; D. SIMOENS, *Overzicht van rechtspraak. Ziekte- en invaliditeitsverzekering, R.W.*, 1977-78, nr. 44 e.v., 1399 e.v.; D. SIMOENS, in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en strafrecht, fiscaal recht, familierecht, arbeidsrecht, aansprakelijkheidsrecht*, I, 1979, nr. 19 e.v.; blz. 273 e.v.; Ph. GOSSERIES, *La Cour de cassation et l'art. 70*, § 2 de la loi du 9 août 1963 sur l'A.M.I., J.T.T., 1981, 198 e.v.; Ph. GOSSERIES, *La jurisprudence de la Cour de Cassation en A.M.I. obligatoire, 1970-1982, J.T.T.*, 1983, nr. 58 e.v., 158 e.v.).

In ieder geval heeft de getroffene recht op prestaties ten belope van degene die voorzien zijn in de wet op de ziekte- en invaliditeitsverzekering. Worden deze hem niet op grond van een andere wetgeving of het gemeen recht toegekend, dan wordt het verschil door de verzekeringsinstelling gedragen (zie Cass., 16 maart 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 672; *Pas.*, 1970, I, 629; Cass., 21 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 1055; *Pas.*, 1971, I, 1001; *J.T.*, 1972, 170; Cass., 11 juni 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1119; *Pas.*, 1974, I, 1046; *J.T.T.*, 1974, 231 met noot V. LUMAY).

583.2 De bij art. 70, § 2 verboden cumulatie bestaat slechts indien de schade, welke aanleiding gaf tot ziekte- en invaliditeitsprestaties, door een andere wetgeving of het gemeen recht effectief vergoed wordt.

Bijgevolg ontstaat de vordering tot terugbetaling der prestaties slechts op het ogenblik en binnen de grenzen van de vermelde schadeloosstelling in gemeen recht of krachtens een andere wetgeving, zodat de verjaringstermijn slechts dan een aanvang zal kunnen nemen (Cass., 19 febr. 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 687; *Pas.*, 1975, I, 624; *J.T.T.*, 1976, 157 met noot GOSSERIES; *R.G.A.R.*, 1976, 9514 met noot P.M. en 9550 met noot M.G.; *Inf. blad R.I.Z.I.V.*, 1975, 426; Cass., 24 dec. 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, 508, *Pas.*, 1980, 506, *R.W.*, 1979-80, 2651; *T.Soc.R.*, 1980, 151; V. LUMAY, *La subrogation légale de l'organisme assureur A.M.I. et la prescription, J.T.T.*, 1973, 66; J. LECLERCQ, *Het onverschuldigde in het sociale zekerheidsrecht, B.T.Soc.Z.*, 1976, nr. 59, blz. 965; Ph. GOSSERIES, *La Cour de Cassation et l'art. 70, § 2, de la loi du 9 août 1963 sur l'A.M.I., J.T.T.*, 1981, nr. 23, 201; Ph. GOSSERIES, *La jurisprudence de la Cour de Cassation en A.M.I. obligatoire, 1970-1982, J.T.T.*, 1983, nr. 64, 159).

Wanneer de derde schuldenaar de schade aan de getroffene heeft vergoed, terwijl de verzekeringsinstelling aan haar verzekerde reeds uitkeringen had verleend, zal deze verzekeringsinstelling over een dubbele recuperatiemogelijkheid beschikken. Enerzijds zal zij haar subrogatoire vordering kunnen uitoefenen, maar anderzijds beschikt zij tevens over een vordering tot terugbetaling tegen haar verzekerde (Ph. GOSSERIES, *Le choix entre l'action en répétition de l'indu et l'action subrogatoire en A.M.I., J.T.T.*, 1976, 157 e.v.; J. LECLERCQ, *Het onverschuldigde in het sociale zekerheidsrecht, B.T.Soc.Z.*, 1976, nr. 59, blz. 964; Ph. GOSSERIES, *La Cour de Cassation et l'art. 70*, § 2 de la loi du 9 août 1963 sur l'A.M.I., J.T.T.,

1981, nr. 20 e.v., 201; *vgl.* Cass., 19 febr. 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 687; *Pas.*, 1975, I, 624; *J.T.T.*, 1976, 157 met noot GOSSERIES; *R.G.A.R.*, 1976, 9514 met noot P.M. en 9550 met noot M.G.; *Inf. blad R.I.Z.I.V.*, 1975, 426; Cass., 24 dec. 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, 508; *Pas.*, 1980, I, 506).

583.3 Tenslotte is het niet zonder belang nog enige aandacht te besteden aan de omvang van de rechten van de gesubrogeerde verzekeringsinstellingen bij gedeeltelijke aansprakelijkheid van de schadeverwekker.

Het Hof van Cassatie aanvaardde, tot voor de wetswijziging van 4 december 1978, dat het subrogatierecht der verzekeringsinstellingen bij gedeeltelijke aansprakelijkheid evenredig was met het deel aansprakelijkheid dat ten aanzien van de schadeverwekker behouden bleef.

Bijgevolg dienden de verzekeringsinstellingen definitief dat deel van hun prestaties ten laste te nemen, dat overeenstemde met het breukdeel van de aansprakelijkheid dat bij de schadelijder (hun verzekerde) berustte (Cass., 11 juni 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1119; *Pas.*, 1974, I, 1046; *R.W.*, 1974-75, 1312 met noot V. LUMAY; *J.T.*, 1974, 690; *J.T.T.*, 1974, 231 met noot V. LUMAY; Cass., 1 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, I, 109; *Pas.*, 1976, I, 1050; *R.W.*, 1976-77, 528 met noot C.; Cass., 11 okt. 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 164; *Pas.*, 1977, I, 174; *J.T.T.*, 1979, 272; Cass., 8 maart 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 746; *Pas.*, 1977, I, 737; zie nochtans Cass., 22 jan. 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 570; *Pas.*, 1975, I, 527; *R.W.*, 1975-76, 149; *T.Soc.R.*, 1975, 195; *J.T.T.*, 1975, 137 met noot V. LUMAY; *J.T.T.*, 1977, 66 met noot Ph. GOSSERIES; *R.G.A.R.*, 1975, 9516 met noot P.M.).

In cijfers betekende dit concreet dat, bij een loonverlies van 100.000 fr. en een bij helften verdeelde aansprakelijkheid, de verzekeringsinstelling haar wettelijk verleende tussenkomst van 60.000 fr. slechts voor de helft (30.000 fr.) kon terugvorderen. Dit had voor gevolg dat de benadeelde voor 80.000 fr. in plaats van 50.000 fr. vergoed werd, nl. 60.000 fr. mutualiteitstussenkomst + 20.000 fr. van de aansprakelijke derde (50.000 fr., verminderd met de aan de mutualiteit betaalde 30.000 fr.), en dat de verzekeringsinstelling haar subrogatierecht slechts gedeeltelijk kon uitoefenen.

Deze cassatierechtspraak ging in tegen een tendens in rechtspraak en rechtsleer (Vred. Nijvel, 23 jan. 1964, *Bull.Ass.*, 1965, 407 met noot J.A.; Rb. Dendermonde, 16 dec. 1966, *R.W.*, 1966-67; *R.G.A.R.*, 1967, 7928 met noot J. MOINS; J. DEVROE, *De uitkeringen van de mutualiteit en haar mogelijkheden tot verhaal, R.W.*, 1966-67, 1705; W. PEERAER, *De wettelijke indeplaatsstelling in de Z.I.V., Inf. blad. R.I.Z.I.V.*, 1973, 244).

Het standpunt van het Hof van Cassatie werd dan ook aan kritiek onderworpen (V. LUMAY, noot onder Cass., 11 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 1312; *J.T.T.*, 1974, 231; H. DEMEESTER, noot onder Arbh. Antwerpen, 4 maart 1976, *T.Soc.R.*, 1976, 328; SCHUERMANS/SCHRIJVERS e.a., *Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling, 1969-76, T.P.R.*, 1977, nr. 76, blz. 565 e.v.).

De hierboven vermelde auteurs verdedigden, in aansluiting met de geciteerde tendens in rechtspraak en rechtsleer dat de verzekeringsinstellingen ten belope van de door hen gedane uitkeringen gesubrogeerd zijn, voor zover deze niet meer bedragen

dan het gedeelte van de totale schade die op de derde is gelegd, hetzij 50.000 fr. in ons cijfervoorbeeld.

Het K.B. nr. 19 van 4 december 1978 in uitvoering van de Wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen heeft de verdeeldheid omtrent de omvang van het subrogatierecht, voorzien in art. 70, § 2 opgeheven en de redactie van dit artikel verduidelijkt.

De interpretatie waarbij het Hof van Cassatie aanleunde, werd door de wetswijziging afgewezen.

De vernieuwde tekst over het subrogatierecht stelt aldus dat de indeplaatsstelling geldt ,,ten belope van het bedrag van de verleende prestaties voor het geheel van de sommen die krachtens een Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of het gemeen recht verschuldigd zijn en die de schade geheel of gedeeltelijk vergoeden.''

Zoals A.M. CAEYERS-DE HONDT terecht besluit is de bekomen oplossing logisch. De sociaal verzekerde (de getroffene) ontvangt immers het equivalent van de verstrekkingen in de ziekte- en invaliditeitsverzekering (60.000 fr.), de aansprakelijke betaalt niet meer dan het bedrag dat hij aan het slachtoffer schuldig is (50.000 fr.) en de verzekeringsinstelling dient slechts het deel van de schade, dat het wettelijk verplicht is, definitief ten laste te nemen, daar dat gedeelte van de schade niet door een andere wetgeving of het gemeen recht vergoed wordt (10.000 fr.). Van cumulatie is er geen sprake (A.M. CAEYERS-DE HONDT, *Het subrogatierecht van het ziekenfonds, R.W.*, 1978-79, 1673 e.v.; zie ook Ph. GOSSERIES, *La jurisprudence de la Cour de Cassation en A.M.I. obligatoire, 1970-1982, J.T.T.*, 1983, nr. 66 e.v., 160; Cass., 20 april 1982, *R.W.*, 1983-84, 180).

De bepalingen van het K.B. van 4 december 1978 zijn wijzigend en niet uitleggend van aard, zodat, bij ontstentenis van enige tekst die aan het K.B. een terugwerkende kracht verleent, dit K.B. niet van toepassing kan zijn wanneer een ongeval en de in dat verband aan het slachtoffer uitgekeerde prestaties dagtekenen van voor het van kracht worden ervan (Arbh. Bergen, 12 nov. 1980, *R.G.A.R.*, 1982, 10.482).

584 Deze bijzondere wettelijke regeling geldt niet voor de vrije verzekering tegen ziekte en invaliditeit. Hier gelden de principes der sommenverzekering zoals zij boven werden aangeduid (zie boven, nr. 578 e.v.).

4. Arbeidsongevallen

585 De vergoedingen toegekend ingevolge de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 zijn op de schadeloosstelling in gemeen recht toe te rekenen krachtens de artikelen 46 en 47, die de cumulatie uitsluiten en de wetsverzekeraar of het Fonds voor Arbeidsongevallen een wettelijk subrogatierecht toekennen.

Art. 46, § 2, zoals gewijzigd bij de Wet van 7 juli 1978, bepaalt immers dat ,,de volgens gemeen recht toegekende vergoeding, die geen betrekking kan hebben op de vergoeding van de lichamelijke schade zoals zij gedekt is door deze wet, mag samengevoegd worden met de krachtens deze wet toegekende vergoedingen''.

In analogie met de principes in geval van samenloop van een gemeenrechtelijke

schadeloosstelling en ziekte- en invaliditeitsuitkeringen, kan ook hier slechts sprake zijn van een cumulatieverbod, indien op grond van beide wetgevingen, gemeen recht en Arbeidsongevallenwet, voor dezelfde schade of hetzelfde deel van de schade vergoedingen worden toegekend en voor zover zij werkelijk betaald zijn (zie Cass., 5 dec. 1949, *Pas.*, 1950, I, 209; Cass., 25 mei 1959, *Arr.Cass.*, 1959, 765; *Pas.*, 1959, I, 968; *R.G.A.R.*, 1960, 6523 met noot S. ROUFFY; Cass., 3 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 614; *Pas.*, 1969, I, 584; *Verz.*, 1969, 373 met noot HEUSERS; Cass., 30 sept. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 132; *Pas.*, 1975, 120; *R.W.*, 1974-75, 2087; *R.G.A.R.*, 1975, 9406 met noot S. ROUFFY; Cass., 26 sept. 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 120, *Pas.*, 1978, I, 105; *R.W.*, 1977-78, 1570).

Het Hof van Cassatie paste in een recent arrest bovenvermelde principes toe. Het Hof oordeelde namelijk dat het door de wetsverzekeraar uitbetaalde kapitaal op forfaitaire wijze het verlies van die inkomsten van het slachtoffer vergoedde, welke het uit de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst had kunnen halen, en niet het verlies van inkomsten die het slachtoffer krachtens een andere, na de pensioenleeftijd uitgeoefende beroepsactiviteit zou verworven hebben. De vergoeding wegens het verlies van laatstgenoemde inkomsten kan derhalve met de forfaitaire schadeloosstelling gecumuleerd worden (Cass., 6 jan. 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 482; *Pas.*, 1981, I, 476; *R.W.*, 1981-82, 1543 met noot; *R.G.A.R.*, 1983, 10.692 en 10.699; in dezelfde zin: Luik, 28 jan. 1968, *R.G.A.R.*, 1968, 8051; Rb. Antwerpen, 3 febr. 1972, *Verz.*, 1972, 1053).

In dezelfde zin werd in de rechtspraak herhaaldelijk geoordeeld dat de wetsverzekeraar geen recht kon laten gelden op de vergoeding die het slachtoffer verkreeg wegens het verlies van post- of extraprofessionele inkomsten, of krachtens extrapatrimoniale schade (Cass., 3 juli 1950, *Pas.*, 1950, I, 801; *R.W.*, 1950-51, 779; *R.G.A.R.*, 1951, 4792; Cass., 31 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 718, *Pas.*, 1969, I, 678; *R.G.A.R.*, 1970, 8546; Cass., 30 sept. 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 132; *Pas.*, 1975, I, 120; *R.W.*, 1974-75, 2087; *R.G.A.R.*, 1975, 9406 met noot S. ROUFFY; Brussel, 10 mei 1957, *R.G.A.R.*, 1961, 6632 met noot S. ROUFFY; Brussel, 31 okt. 1957, *R.G.A.R.*, 1958, 6135; Bergen, 25 maart 1975, *R.G.A.R.*, 1979, 9984 met noot M.G.; *anders:* Gent, 29 jan. 1980, *R.G.A.R.*, 1980, 10.271 met kritiek J. SCHRIJVERS).

De door partijen aan de schade gegeven kwalificatie is niet doorslaggevend. Telkens moet worden nagegaan of de schadeloosstelling in gemeen recht geheel of gedeeltelijk dezelfde schade wil herstellen als de vergoeding ingevolge de Arbeidsongevallenwet (*Onrechtmatige daad. Actuele tendenzen*, 1979, blz. 226; Arbrb. Bergen, 6 jan. 1971, *J.T.T.*, 1971, 101). De regel van het cumulatieverbod is van openbare orde (Cass., 4 maart 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 741; *Pas.*, 1981, I, 722 met noot R.C.; *R.G.A.R.*, 1983, 10.658).

586 Wanneer een arbeidsongeval tevens tot de aansprakelijkheid van een derde uit onrechtmatige daad aanleiding gaf, beschikte de getroffene of zijn rechthebbenden, vóór de invoering van de Arbeidsongevallenwet van 1971, over twee mogelijke aanspraken, nl. een vordering op basis van de wetgeving op de arbeidsongevallen en een aanspraak tegen de derde krachtens het gemeen recht.

De Wet van 10 april 1971 en meer bepaald art. 46 van deze wet zorgde wegens de gebrekkige redactie jarenlang voor twijfels over de vraag of dit optierecht vanwege de getroffene of rechthebbenden behouden was gebleven.

Zowel de rechtspraak als het overgrote deel van de rechtsleer oordeelde dat dit

keuzerecht niet was opgeheven (zie hierover SCHUERMANS/SCHRIJVERS, e.a., *Overzicht van rechtspraak, Onrechtmatige daad, Schade en schadeloosstelling,* 1969-1975, *T.P.R.*, 1977; nr. 57, blz. 550-551; R.O. DALCQ, in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en strafrecht, fiscaal recht, familierecht, arbeidsrecht, aansprakelijkheidsrecht,* 1979, blz. 249 e.v.; VAN DE VELDEN/SCHAMP, *Arbeidsongevallen Privé-sector,* 1981, blz. 218).

De wetswijziging van art. 46, § 2 op 7 juli 1978 maakte aan de onzekerheid een einde, in die zin dat het keuzerecht werd afgeschaft. De getroffene of zijn rechthebbende moet derhalve volgens de Arbeidsongevallenwet worden vergoed en mag slechts in de gevallen, bedoeld in art. 46, § 1, een vordering krachtens gemeen recht instellen voor

— een aanvullende schadeloosstelling wegens lichamelijke schade die de forfaitaire schadeloosstelling op basis van de Arbeidsongevallenwet overtreft (Cass., 22 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 1073; *Pas.*, 1971, I, 1020)

— de schade waarvoor, volgens de Arbeidsongevallenwet geen vergoeding kan bekomen worden, zoals de morele schade en de schade aan de goederen van de getroffene (zie VAN DE VELDEN/SCHAMP, *Arbeidsongevallen in de Privé-sector,* 1981, blz. 220; Brussel, 1 april 1980, *R.G.A.R.*, 1983, 10.603; *J.T.*, 1980, 410).

Dat het verdwijnen van het optierecht nochtans niet algemeen als een gelukkige oplossing wordt beschouwd, mag blijken uit het recentelijk ingediend wetsvoorstel tot herinvoering van het keuzerecht (Wetsvoorstel R. LALLEMAND, *Gedr.St.*, *Senaat,* 393 (1982-83), nr. 1).

5. Rust- en overlevingspensioenen

587 In de oude rechtspraak was er betwisting omtrent het toerekenen van het pensioen waarop de gekwetste of de weduwe, na het overlijden van het slachtoffer — ambtenaar of bediende — gerechtigd was.

Een tijd lang was in de Belgische rechtspraak de strekking overheersend om de pensioenuitkeringen toe te rekenen op de schadeloosstelling, die door de dader van de onrechtmatige daad verschuldigd was.

In deze rechtspraak werd geoordeeld dat de vermogenstoestand van de benadeelde of zijn nabestaanden anders zou verbeterd geweest zijn, zodat de schadeloosstelling de schade zou overtreffen. Daartoe werd vooropgesteld dat de schade door het pensioen geheel of ten dele vergoed werd (Brussel, 18 mei 1868, *Belg.Jud.*, 1868, 693; Brussel, 23 jan. 1884, *J.T.*, 1884, 213; Brussel, 12 mei 1888, *Pas.*, 1888, II, 308; Brussel, 26 nov. 1894, *J.T.*, 1895, 583; Luik, 16 april 1927, *R.G.A.R.*, 1927, 167, waartegen de voorziening verworpen werd door Cass., 11 april 1929, *R.G.A.R.*, 1931, 764; *Pas.*, 1929, I, 156; Brussel, 9 april 1930, *R.G.A.R.*, 1931, 763; Corr. Brussel, 3 febr. 1934, *R.G.A.R.*, 1934, 1487; Brussel, 18 nov. 1935, *R.G.A.R.*, 1936, 2188; Gent, 14 juli 1936, *R.G.A.R.*, 1938, 2832).

Hierbij werd tevens de verhaalbaarheid ontkend van de som der afhoudingen op het loon, waarop het pensioen gevestigd werd (zie de rechtspraak aangehaald door het O.M. voor Cass., 11 juli 1895, *Pas.*, 1895, I, 249). Maar aan de andere kant werd wel eens aan de risicodrager door wie het pensioen uitbetaald

werd — b.v. de staat — een verhaalsrecht tegen de dader toegekend (zie o.m. Gent, 14 juli 1936, *R.G.A.R.*, 1938, 2832).

588 Spoedig echter kreeg in de rechtspraak een andere strekking de bovenhand, die leidde tot de stelling volgens welke de cumulatie van de schadeloosstelling met het pensioen aanvaard wordt.

Als argument om de toerekening uit te sluiten geldt wel eens de beschouwing volgens dewelke de pensioenuitkering de tegenprestatie uitmaakt van de afhoudingen op het loon of op de wedde, zodat het pensioen volledig gelijkgesteld moet worden met de levensverzekering die de tegenprestatie der gestorte premies uitmaakt.

Maar afgezien daarvan, wordt aangenomen dat de pensioenuitkering en de schadeloosstelling elk hun eigen juridische oorzaak of rechtsgrond hebben, de eerste in de overeenkomst tussen het slachtoffer en zijn werkgever, de tweede in de onrechtmatige daad. Derhalve kan geen sprake zijn van een vermogensvermeerdering zonder rechtsgrond in hoofde van de aanspraakgerechtigde (Brussel, 14 dec. 1893, *Pas.*, 1894, II, 118; Brussel, 7 maart 1934, *R.G.A.R.*, 1934, 1488; Brussel, 28 dec. 1935, *R.G.A.R.*, 1936, 2211; Gent, 3 jan. 1938, *R.G.A.R.*, 1938, 2999; Luik, 2 dec. 1941, *R.G.A.R.*, 1947, 4068; Corr. Luik, 25 maart 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 4380; Luik, 31 okt. 1951, *R.G.A.R.*, 1952, 5053 en 5042, met noot J.F.; Luik, 18 maart 1953, *R.G.A.R.*, 1954, 5353; Gent, 8 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 798; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis*, C, blz. 1089 e.v.).

589 Thans geldt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie ten aanzien van het recht, dat de pensioensaanspraak en de aanspraak op schadeloosstelling een onderscheiden juridische oorzaak hebben, zodat het eerste dat niet tot schadeloosstelling strekt, op laatstgenoemde niet mag toegerekend worden.

Daarom is cumulatie tussen deze beide uitkeringen die te onderscheiden zijn naar hun oorzaak en hun voorwerp de regel (Cass., 15 april 1937, *Pas.*, 1937, I, 113; *R.G.A.R.*, 1937, 2431; Cass., 17 dec. 1941, *Pas.*, 1941, I, 462; *R.G.A.R.*, 1942, 373; Cass., 14 maart 1949, *Pas.*, 1949, I, 197; *R.G.A.R.*, 1950, 4543; Cass., 14 nov. 1955, *R.W.*, 1955-56, 2063; *Pas.*, 1956, I, 242; Cass., 7 mei 1956, *R.G.A.R.*, 1957, 5850; Cass., 8 juli 1957, *Pas.*, 1957, I, 1334; *R.G.A.R.*, 1958, 6146; Cass., 10 juni 1963, *Pas.*, 1963, I, 1071; *R.W.*, 1963-64, 961; Cass., 4 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 1009; *R.G.A.R.*, 1967, 7859; Cass., 26 febr. 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 853; *Pas.*, 1968, I, 802; *R.G.A.R.*, 1968, 8138; *R.W.*, 1968-69, 259; *Verz.*, 1969, 83; Cass., 4 nov. 1968, *Arr.Cass.*, 1969, 250; *Pas.*, 1969, I, 238; *R.G.A.R.*, 1969, 8309; *J.T.*, 1969, 509; Cass., 17 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 664; *Pas.*, 1969, I, 631; *R.W.*, 1969-70, 382; *R.G.A.R.*, 1970, 8533; *Verz.*, 1969, 444; Cass., 14 april 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 743; *Pas.*, 1970, I, 695; *R.W.*, 1970-71, 171; Cass., 13 mei 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 857 met conclusie adv.-gen. MAHAUX; *Pas.*, 1970, I, 804; *J.T.*, 1970, 609; Cass., volt. zitting, 25 mei 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 952; *Pas.*, 1971, I, 879 en 881; *R.G.A.R.*, 1972, 8816 met noot FONTEYNE; *R.W.*, 1971-72, 1060; *R.W.*, 1972-73, 360 met noot; Cass., 6 sept. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 10; *Pas.*, 1972, I, 9; Cass., 28 sept. 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 103; *Pas.*, 1972, I, 95; Cass., 13 maart 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 655; *Pas.*, 1972, I, 647; Cass., 29 mei 1974, *Arr.Cass.*,

1974, 1074; *Pas.*, 1974, I, 1000; Cass., 6 jan. 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 482; *Pas.*, 1981, I, 476; *R.W.*, 1981-82, 1543 met noot; *R.G.A.R.*, 1983, 10.692 en 10.699; Cass., 23 sept. 1981, *Arr.Cass.*, op datum; *Pas.*, 1982, I, 123; *R.W.*, 1982-83, 799; Cass., 24 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 1237).

Deze constante cassatierechtspraak kon de bestaande onzekerheid nochtans niet opheffen. Rechtspraak en rechtsleer blijven het immers oneens.

Vooral het Hof van Beroep te Luik kon het standpunt van het Hof van Cassatie niet bijtreden en blijft hardnekkig vasthouden aan de stelling dat het ontvangen van een pensioen een feitelijk schadebegrotingselement uitmaakt, dat derhalve in aanmerking moet genomen worden.

De redenering van het Hof van Beroep wordt o.m. als volgt verwoord:

,,Attendu que cette jurisprudence qui demeure critiquée tant par une partie de la doctrine que par certaines décisions des juges du fond, ne se fonde que sur deux arguments juridiques, à savoir: que la pension de survie n'a pas pour objet de réparer le dommage résultant de la faute d'un tiers et qu'elle a une autre cause;

Attendu que ces arguments ne paraissent pas décisifs et qu'ils ne fournissent pas un raisonnement formellement logique dont la conclusion s'imposerait d'une manière absolue;

Attendu en effet, d'une part, qu'on peut considérer que la pension de survie rentre dans le cadre de l'organisation de la sécurité des travailleurs et de leurs ayants droit et que le décès accidentel de la victime fait naître un droit préexistant qui a, entre autres objects, celui d'obvier à la perte des revenus professionnels; que comme tel ce droit a un aspect, si non un caractère indemnitaire;

Attendu d'autre part, que s'il est exact que la pension est liquidée en vertu d'une autre cause, au sens juridique du terme, il n'en demeure pas moins que ce droit à la pension n'est pas étranger à l'infraction puisque c'est précisément la faute du tiers qui le fait naître prématurement'' (Luik, 15 april 1969, *Verz.*, 1969, 827 met noot R.B.; *R.G.A.R.*, 1970, 8420 met noot FONTEYNE; *J.Liège*, 1969-70, 17; in dezelfde zin o.m. Luik, 13 maart 1962, *Bull.Ass.*, 1965, 488 met noot R.P.; *J.Liège*, 1965-66, 62; Luik, 26 maart 1964, *Bull. Ass.*, 1964, 720 met noot R.P.; Luik, 5 mei 1966, *J.Liège*, 1966-67, 257; Luik, 20 juni 1967, *Pas.*, 1968, II, 38; *Verz.*, 1969, 79; *J.Liège*, 1967-68, 177; Luik, 19 okt. 1967, *J.T.*, 1968, 258; *R.G.A.R.*, 1968, 8018; *J.Liège*, 1967-68, 233; Luik, 26 juni 1968, *Verz.*, 1969, 444; *J.Liège*, 1968-69, 217; Luik, 7 nov. 1968, *J.T.*, 1969, 513; Luik, 23 sept. 1969, *J.Liège*, 1969-70, 82; Luik, 23 jan. 1970, *Verz.*, 1973, 135 met noot R.B.; *vgl.* Brussel, 14 dec. 1966, *J.T.*, 1968, 297; Corr. Luik, 24 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, 10.117; *anders*, in de zin van het Hof van Cassatie: Luik, 10 jan. 1968, *Bull.Ass.*, 1968, 403; Luik, 23 juni 1970, *J.Liège*, 1970-71, 65; Luik, 24 sept. 1970, *J.T.*, 1971, 26 met noot; *J.Liège*, 1970-71, 139).

Ook de rechtsleer blijkt niet onverdeeld gelukkig met de stellingname van het Hof van Cassatie.

Zo stelt DALCQ dat de toerekening van een pensioen beantwoordt aan de sociale en economische noodwendigheden en tevens tegemoet komt aan de billijkheid en de rechtvaardigheid (R.O. DALCQ, *L'indemnisation du préjudice corporel*, *J.T.*, 1969, 509; *vgl.* P. GILOT, *De cumulatie van vergoedingen naar aanleiding van onvrijwillige doodslag*, *R.W.*, 1969-70, 1323 e.v.; R.O. DALCQ, *Cumul des indemnités avec le revenu ou la pension*, *Verz.*, 1970, 48 e.v.; D. SIMOENS, in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en strafrecht, fiscaal recht, familierecht, arbeidsrecht en aansprakelijkheidsrecht*, 1979, nr. 86, blz. 307-308).

Verder is DALCQ van mening dat de cassatierechtspraak berust op een verkeerde opvatting over het schadebegrip. Hij oordeelt aldus:

,,Il y a juridiquement une différence essentielle entre la constatation en fait par le juge du fond qu'il n'y a pas de dommage dans une mesure déterminée parce qu'il n'y a pas de perte et l'argumentation (qui serait inexacte) se fondant sur l'existence d'une perte mais qui considérerait qu'elle est réparée par l'octroi de la pension'' (R.O. DALCQ, *L'indemnisation du préjudice corporel, J.T.*, 1969, 507).

In die zin sluit DALCQ volledig aan bij de hogervermelde redenering van het Hof van Beroep te Luik.

Dit belet nochtans niet dat hij toegeeft dat de verschillende juridische oorzaak van het pensioen en de gemeenrechtelijke schadeloosstelling de enige rechtvaardiging van de cumulatie kan uitmaken (R.O. DALCQ, *Cumul des indemnités avec le revenu ou la pension, Verz.*, 1970, 47).

Ondanks de kritiek op het door het Hof van Cassatie van oudsher ingenomen standpunt, moet geoordeeld worden dat, in de huidige stand der wetgeving, het niet toerekenen van het pensioen volkomen juridisch verantwoord is (zie ook: R. ELST, *Schadevergoeding wegens gemeen recht met of zonder inachtneming der wettelijke toekenning van sociale prestaties en vice-versa, R.W.*, 1969-70, nr. 19 e.v., 647 e.v.; J.-L. FAGNART, *La responsabilité aquilienne*, 1955-67, *J.T.*, 1970, nr. 62, 38; SCHUERMANS/DE CEUSTER/VAN OEVELEN/VERELLEN, *De wettelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de Benelux*, 1979, nr. 209, blz. 284; J.L.F., noot onder Brussel, 26 maart 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9402; in die zin: Gent, 1 juni 1979, *R.W.*, 1982-83, 531; Corr. Charleroi, 10 okt. 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10.082; Rb. Hasselt, 31 okt. 1969, *R.G.A.R.*, 1970, 8449; Rb. Turnhout, 25 jan. 1971, *R.G.A.R.*, 1971, 8663).

Het is niet zonder belang nogmaals te wijzen op het feit dat het begrip ,,verschillende juridische oorzaak'' betrekking heeft op een verschillende r e c h t s g r o n d .

Het verband tussen de onrechtmatige daad en de schade is er een van feitelijke causaliteit terwijl, waar het pensioenuitkeringen betreft, het gaat om het juridisch verband tussen rechtsgrond en rechtsgevolg en geenszins tussen oorzaak en gevolg (zie boven, nr. 533 en 566).

Een wijziging in de wetgeving zou de juridische vrede nochtans kunnen bewerken. Niets belet immers dat *de lege ferenda* aan de argumenten van sociaal-economische aard zou tegemoet gekomen worden.

Door, in navolging van de ziekte- en invaliditeitsverzekering en de arbeidsongevallenwetgeving, een subrogatierecht in de pensioenwetgeving op te nemen zou de bestaande betwisting kunnen beëindigd worden (zie R. ELST, *a.w.*, *R.W.*, 1969-70, nr. 19 e.v., 641 e.v.; J.L.F., noot onder Brussel, 26 maart 1974, *R.G.A.R.*, 1975, 9402; D. SIMOENS, in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en strafrecht, fiscaal recht, familierecht, arbeidsrecht en aansprakelijkheidsrecht*, 1979, nr. 87, blz. 308-309).

Aldus zou tevens een grotere eenvormigheid tussen de genoemde sociale zekerheidsstelsels bewerkt worden.

Bovenvermelde principes worden duidelijk geïllustreerd en toegepast door het Hof van Beroep te Gent. In een arrest van 1 juni 1979 oordeelde het Hof namelijk:

,,Het feit nu dat aan de weduwe wegens het overlijden van haar echtgenoot (73 jaar) een overlevingspen-

sioen uitgekeerd wordt, doet niet alleen geen afbreuk aan de verplichting van de schadeverwekker de concrete schade zoals boven omschreven te vergoeden, maar vermindert ook niet de omvang van die schade daar, zoals reeds aangetoond, het overlevingspensioen, dat de realisatie is van een eventueel recht op pensioen dat reeds in het vermogen van de burgerlijke partij aanwezig was vóór het overlijden van haar echtgenoot, niet mag worden opgevat als een vervangingsinkomen van het rustpensioen dat vervalt met het overlijden van de gerechtigde, noch als een vergoeding voor het verdwijnen van het aandeel van dit inkomen waaruit de burgerlijke partij een persoonlijk voordeel trok. De cumulatie van beide uitkeringen — hoe vatbaar ze ook is voor kritiek op gronden van economische en sociale aard, nu vooral de kapitalisatiegedachte inzake die aard van pensioenen op de achtergrond geraakt — dringt zich nog steeds op in de huidige stand van onze wetgeving zolang de pensioenschuldenaar niet van rechtswege gesubrogeerd zal zijn in de rechten van de gelaedeerde tegenover de oorspronkelijke schadeverwekker" (Gent, 1 juni 1979, *R.W.*, 1982-83, 531 met noot).

Indien de vergoeding voor het derven van het loon van het slachtoffer van een doding en de betaling van een overlevingspensioen aan de weduwe van het slachtoffer een verschillend voorwerp en een onderscheiden oorzaak heeft, en de betaling van het pensioen derhalve zonder invloed is op de vergoedingsverplichting die op de dader van de doding rust, hebben de vergoeding voor het derven van het loon van het slachtoffer en de vergoeding voor de *vermindering* van het overlevingspensioen ten gevolge van het *voortijdig* verkrijgen ervan, eenzelfde voorwerp en eenzelfde oorzaak (zie conclusie MAHAUX bij Cass., 13 mei 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 857 e.v.; *Pas.*, 1970, I, 804; Cass., 22 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 1073; *Pas.*, 1970, I, 1020; Cass., 29 mei 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1074; *Pas.*, 1974, I, 1000; Corr. Charleroi, 10 okt. 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10.082; *vgl.* Antwerpen, 23 febr. 1977, *Verz.*, 1977, 131).

In Nederland worden de uit te keren pensioenen in aanmerking genomen en aldus toegerekend (*Onrechtmatige daad,* II, (A.R. BLOEMBERGEN) nr. 318).

6. *Militaire pensioenen*

590 Wanneer een persoon, geen orgaan van de staat, aansprakelijk is voor een ongeval aan een militair overkomen, wordt vruchteloos aangevoerd dat het militair pensioen zou moeten toegerekend worden op de door hem aan een militair of aan zijn nabestaanden verschuldigde schadeloosstelling (zie boven, nr. 587 e.v.; *vgl.* Cass., 11 maart 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 916; *Pas.*, 1968, I, 869; *R.G.A.R.*, 1968, 8125; Cass., 24 okt. 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 212; *Pas.*, 1979, I, 227; *R.W.*, 1978-79, 2589; Corr. Dinant, 22 nov. 1965, *R.G.A.R.*, 1966, 7603).

De uitkeringen krachtens de pensioenwetten mogen samengevoegd worden met de schadeloosstelling uit onrechtmatige daad; zij strekken immers niet tot schadeloosstelling, en bevrijden de aansprakelijke niet van zijn verbintenis. Waar integendeel de staat zelf aansprakelijk was doordat het ongeval te wijten was aan de schuld van zijn orgaan, ontstond betwisting.

591 In de vroegere stand van de wetgeving, nl. onder het regime der Gecoördineerde Wetten op de militaire pensioenen van 11 augustus 1923, was de rechtspraak in die zin gevestigd, dat het toekennen van een militair pensioen geen enkele invloed kon uitoefenen op het recht op schadeloosstelling van de militair, die slachtoffer was van een ongeval door de schuld van een ander militair veroorzaakt, in zijn hoedanigheid van orgaan van de staat.

Daartoe werd o.m. het onderscheid, vooropgesteld tussen het recht op schadeloosstelling uit artikel 1382 B.W. enerzijds, en het recht op uitkering van een militair pensioen. De pensioenregeling werd, met

verwijzing naar het decreet van 3-22 augustus 1790, beschouwd als behorend tot de politieke orde waarin, bij de organisatie van de weermacht, voordelen toegekend worden aan militairen of hun nabestaanden, tot beloning of compensatie van de lasten, gevaren of ongevallen van de dienst.

De beide uitkeringen hadden een verschillende rechtsgrond en een verschillend voorwerp.

Dientengevolge was dergelijk pensioen, aan de militair of zijn nabestaanden toegekend, niet toe te rekenen op de schadeloosstelling door de staat verschuldigd op grond van artikel 1382 B.W. (Cass., 21 maart 1935, *Pas.*, 1935, I, 194; *R.G.A.R.*, 1935, 1808; Cass., 11 juli 1935, *Pas.*, 1935, I, 320; Cass., 4 nov. 1937, *Pas.*, 1937, I, 327; *R.G.A.R.*, 1938, 2789; Cass., 3 febr. 1938, *Pas.*, 1938, I, 33; *R.G.A.R.*, 1938, 2790; Cass., 25 april 1940, *Pas.*, 1940, I, 134; *R.G.A.R.*, 1940, 3381; Rb. Brussel, 13 nov. 1937, *R.G.A.R.*, 1938, 2788; Rb. Brussel, 14 juli 1938, *R.G.A.R.*, 1939, 2878; Brussel, 13 dec. 1939, *R.G.A.R.*, 1941, 3471; Brussel, 7 juni 1939, *R.G.A.R.*, 1941, 3535; *vgl. Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Pensions militaires*, nr. 18 e.v.).

Hieruit volgde dat het toegekende pensioen niet op de schadeloosstelling toe te rekenen was; m.a.w. de beide uitkeringen mochten samengevoegd worden, ook wanneer de staat aansprakelijk was.

592 Na het uitvaardigen van de Wetten van 26 augustus 1947 en van 9 maart 1953 ontstond opnieuw betwisting. De Wet van 26 augustus 1947, met latere wijzigingen, gecoördineerd door het Besluit van de Regent van 5 oktober 1948, betreft de ongevallen in oorlogstijd.

In artikel 1, vierde lid, wordt bepaald: ,,Al de krachtens deze wet verleende pensioenen en toelagen zijn een forfaitaire vergoeding, waardoor de toekenning van om 't even welke andere vergoeding voor het zelfde schadelijk feit uitgesloten wordt. Deze bepaling dekt de verantwoordelijkheid van het staatsorgaan, materiële verwekker van het ongeval dat aanleiding gegeven heeft tot de toekenning van het invaliditeitspensioen''.

Vóórdat de Wet van 9 maart 1953 voormelde bepaling toepasselijk maakte op de ongevallen in vredestijd gebeurd, werd beslist, dat zij niet kon ingeroepen worden wanneer het ongeval waarvan een militair slachtoffer was geen verband had met oorlogsfeiten (Cass., 21 maart 1949, *Pas.*, 1949, I, 209).

Integendeel sloot zij de samenvoeging uit van de pensioenuitkeringen met de schadeloosstelling door de staat verschuldigd, wanneer het ongeval te wijten was aan de oorlog in de uitoefening van de militaire plicht (Cass., 14 juni 1949, *Pas.*, 1949, I, 425).

Wat de aanwending van deze wet in de tijd betreft kan terloops aangestipt worden dat de schadeloosstelling wegens ongevallen vóór de Wet van 26 augustus 1947 overkomen hierdoor niet beheerst was, aangezien deze wet terugwerkende kracht had op een vóór die datum ontstaan recht op schadeloosstelling (Rb. Brussel, 9 dec. 1952, *R.G.A.R.*, 1953, 5174; *anders:* wat de Wet van 9 maart 1953 betreft: Rb. Brussel, 29 nov. 1955, *J.T.*, 1956, 182, met noot J. EECKHOUT).

593 De Wet van 9 maart 1953 betreft de ongevallen die zich in vredestijd voordoen.

In artikel 1 wordt bepaald:

,,Militaire invaliden wier invaliditeit te wijten is aan een schadelijk feit, dat zich in

vredestijd en ingevolge de dienst heeft voorgedaan, alsmede hun rechtverkrijgenden, kunnen aanspraak maken op een vergoedingspensioen, waarvan het bedrag en de verlengingsvoorwaarden hierna bepaald worden.''

Artikel 4, § 1, eerste lid luidt:

,,Op de schadelijke feiten die zich in vredestijd na 25 augustus 1947 hebben voorgedaan, zijn van toepassing de wetsbepalingen inzake vergoedingspensioenen, welke voor de invaliden van de oorlog 1940-45 gelden''.

Deze teksten gaven aanleiding tot uiteenlopende verklaringen. Aan deze betwisting schijnt echter een eind gemaakt te zijn door enkele arresten van het Hof van Cassatie.

594 Er werd gepoogd de Wet van 9 maart 1953 in die zin te verklaren, dat de toekenning van een militair vergoedingspensioen, niet diende toegerekend te worden op de schadeloosstelling, waartoe het slachtoffer, ook tegen de staat, een ontvankelijke eis zou kunnen instellen (Mil.Ger., 3 juli 1953, *J.T.*, 1954, 40, met noot J. EECKHOUT; *vgl. a.w.*, Rb. Luik, 15 maart 1954, *J.T.*, 1954, 571, met noot J. EECKHOUT). Deze stelling bleek onhoudbaar.

595 Thans schijnt de rechtspraak als volgt tot rust te komen. Een onderscheid dient gemaakt te worden tussen het geval waar aan het slachtoffer of zijn nabestaanden een vergoedingspensioen toegekend werd, en datgene waar de aanspraak op pensioen onuitgeoefend wordt gelaten, of waar zij afgewezen werd.

Waar geen vergoedingspensioen toegekend werd, belet artikel I, vierde lid der Gecoördineerde Wetten, waarnaar door de Wet van 9 maart 1953 verwezen wordt, geenszins dat de benadeelde beroep zou doen op de artikelen 1382 e.v. B.W.

Er werd wel eens voorgehouden dat de toepasselijkheid van de Pensioenwet op het schadegeval, een eis tot schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W. tegen de staat niet ontvankelijk maakt, zonder een onderscheid te maken naargelang in werkelijkheid een pensioen al dan niet toegekend werd aan de aanspraakmakende persoon (Krijgsr. Gent, 24 april 1953, *J.T.*, 1953, 340, met noot J. EECKHOUT; dit vonnis werd door arrest van 11 febr. 1954 van het Militair Gerechtshof te niet gedaan, en de voorziening tegen het arrest verworpen door Cass., 11 okt. 1954 (tweede arrest), *Pas.*, 1955, I, 99).

Deze zienswijze werd echter weldra verworpen. De loutere mogelijkheid dat een militair pensioen zou kunnen toegekend worden maakt de rechtsvordering uit art. 1382 B.W. niet ontvankelijk.

Benadeelde partijen, die op de hoogte werden gebracht dat hem een forfaitair pensioen zou worden uitgekeerd, die van dit pensioen geen afstand deden en blijkbaar slechts ontevreden waren over het bedrag ervan, zijn niet gerechtigd om na ongeveer 2 jaar in besluiten te verklaren dat zij afzien van bedoeld pensioen, alleen maar om aan de ongegrondheid van hun eis in gemeen recht, welke ook reeds ongeveer 1 jaar na de toekenning van het pensioen werd ingesteld, te ontsnappen (Rb. Hasselt, 12 maart 1968, *R.W.*, 1968-69, 1624).

Mits aan de vereisten van de vermelde voorschriften voldaan is, zal de staat tot schadeloosstelling jegens de militair of zijn nabestaanden veroordeeld worden.

M.a.w. het slachtoffer of zijn nabestaanden beschikt over een keuzemogelijkheid tussen het gemeen recht en het vergoedingspensioen.

De vordering uit art. 1382 B.W. is ontvankelijk, zowel wanneer geen aanspraak op pensioen gemaakt werd, als waar dit niet toegekend werd (zie o.m. Krijgsr. Gent, 29 sept. 1953, *R.W.*, 1953-54, 719; *J.T.*, 1954, 210; Cass., 11 okt. 1954, *Pas.*, 1955, I,

97 (twee arresten); Gent, 9 mei 1955, *R.W.*, 1955-56, 1087, met conclusie MATTHIJS; *vgl.* Mil.Ger. Brussel, 3 juli 1953, *R.G.A.R.*, 1954, 5314 met noot S. ROUFFY; *J.T.*, 1954, 40 met noot J. EECKHOUT; *vgl.* Mil.Ger. Brussel, 20 dec. 1979, *R.G.A.R.*, 1983, 10.570).

596 Integendeel is de eis tot schadeloosstelling op grond van art. 1382 B.W. tegen de staat ingesteld, tot vergoeding van de schade aan een militair veroorzaakt tijdens de dienst en door de dienst, niet ontvankelijk, wanneer een vergoedingspensioen toegekend werd, zelfs na het instellen van een eis tot schadeloosstelling op grond van de onrechtmatige daad (Cass., 2 sept. 1955, *Pas.*, 1955, I, 1276; *R.G.A.R.*, 1956, 5723; *J.T.*, 1956, 36, met noot J. EECKHOUT waarin dit onderscheid veronachtzaamd werd; Cass., 8 febr. 1956, *Pas.*, 1956, I, 583; Cass., 8 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1137; Cass., 25 okt. 1965, *Pas.*, 1966, I, 256; Cass., 27 juni 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 1074; *Pas.*, 1969, 995; *R.G.A.R.*, 1970, 8360; *J.T.*, 1969, 551; Cass., 13 febr. 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 585; *Pas.*, 1973, I, 557; Cass., 26 febr. 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 744; *Pas.*, 1976, I, 710; Brussel, 9 juli 1955, *J.T.*, 1956, 41; Brussel, 2 maart 1972, *R.W.*, 1972-73, 957; Brussel, 30 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 846; Krijgsr. Luik, 14 juli 1956, *J.Liège*, 1956-57, 43; *vgl.* ook R. COCKX, noot onder Brussel, 24 mei 1966, *R.W.*, 1966-67, 1616; *anders:* SOREL/MEZOT, *Pensions de réparation et responsabilité civile de l'Etat, J.T.*, 1956, 49 e.v.; *vgl.* ook: J.Th. WOUTERS, *Nature et garantie des droits des victimes de la guerre, J.T.*, 1955, 105 e.v.).

Er is hier dus meer dan een toerekenen van het vergoedingspensioen op de schadeloosstelling — zoals dit het geval is met de vergoeding krachtens de Arbeidsongevallenwet.

De eis tot schadeloosstelling op grond van art. 1382 e.v. B.W. wordt in zijn geheel niet ontvankelijk, zodra het vergoedingspensioen toegekend is.

Bij toekenning van een forfaitair vergoedingspensioen is, volgens de hogervermelde wetsbepalingen, om het even welke andere vergoeding voor hetzelfde schadelijk feit uitgesloten. Deze formulering laat geen ruimte voor interpretatie, ofschoon dit door de rechtspraak enkele malen werd geprobeerd, ten einde de rechtsgevolgen uit de wet te omzeilen (zie Brussel, 24 mei 1966, *R.W.*, 1966-67, 1616 met noot R. COCKX, *R.G.A.R.*, 1967, 7852; Gent, 27 nov. 1970, *R.G.A.R.*, 1971, 8658).

Het door COCKX geanoteerde arrest van het Hof van Beroep te Brussel werd door het Hof van Cassatie verbroken met de overweging dat, wanneer aan de ouders van het slachtoffer een vergoedingspensioen werd toegekend, elke andere vordering, zoals *in casu* de vordering van de broer van het slachtoffer, tegen de staat onontvankelijk dient te worden verklaard (Cass., 27 juni 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 1074; *Pas.*, 1969, I, 995; *R.G.A.R.*, 1970, 8360; *J.T.*, 1969, 551; zie ook: Cass., 25 okt. 1965, *Pas.*, 1966, I, 256; Cass., 11 febr. 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 541; *Pas.*, 1972, I, 540).

Het voorgaande belet echter niet dat het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat een vordering tot schadeloosstelling wegens zakenschade, nl. voor het verlies van de wagen van het slachtoffer, ontvanke-

lijk was (Brussel, 1 juni 1966, *Pas.*, 1967, II, 93; *R.G.A.R.*, 1966, 7694; *J.T.*, 1966, 763; *Bull.Ass.*, 1967, 153 met noot R.P.).

Het feit dat een weduwe van een militair een aanvraag om een vergoedingspensioen ten laste van de staat heeft ingediend, brengt de onontvankelijkheid van een latere vordering tot gemeenrechtelijke schadeloosstelling tegen de aansprakelijke persoon niet mee. De rechter, op de hoogte gesteld van de elementen der schade geleden door de weduwe, hoeft zijn uitspraak niet uit te stellen en moet zich niet beperken tot het toekennen van een provisionele vergoeding (Cass., 26 april 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 988; *Pas.*, 1978, I, 978).

Opdat een gemeenrechtelijke vordering onontvankelijk zou worden verklaard, heeft de burgerlijke rechter de bevoegdheid om te onderzoeken of het schadelijk feit tijdens of tengevolge van de dienst is gebeurd, m.a.w. de bevoegdheid om te onderzoeken of er tussen het schadelijk feit en de uitvoering van de militaire dienst een stellig verband bestaat (Brussel, 2 maart 1972, *R.W.*, 1972-73, 957 en 1145; *R.G.A.R.*, 1973, 9099; *vgl.* Gent, 13 april 1961, *R.W.*, 1961-62, 391; Cass., 25 okt. 1965, *Pas.*, 1966, I, 256).

7. *Voortbetalen van loon of wedde aan het werkonbekwame slachtoffer*

597 Een der moeilijkste problemen van de voordeelstoerekening rijst, waar het slachtoffer, tijdens zijn werkonbekwaamheid, zijn loon of wedde geheel of gedeeltelijk verder blijft genieten.

Twee verschillende vragen lopen hierbij dikwijls dooreen, nl. enerzijds die van de vaststelling van het bestaan of de begroting van de omvang der schade, en anderzijds die van de cumulatie van aanspraken door het gekwetste slachtoffer.

598 Waar het gedeeltelijk invalide slachtoffer, ondanks een bepaalde invaliditeitsgraad, zijn werk verder kan blijven uitoefenen, en werkelijk uitoefent, ontvangt hij van zijn werkgever een uitkering die een wedde of een loon uitmaakt.

Dit is b.v. het geval met de ambtenaar die na zijn ongeval zijn werk herneemt, en, wes het ten koste van grotere inspanningen, zijn wedde behoudt.

Dergelijk geval stelt in de regel geen probleem van cumulatie maar van schadebegroting, dat verder zal behandeld worden. In dit geval moet onderzocht worden of de invaliditeit al dan niet inkomstenschade ten gevolge heeft (PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, blz. 542; zie hierover verder, nr. 1136 e.v.).

599 Waar integendeel het slachtoffer blijvend of tijdelijk volledig invalide is, en zijn beroep helemaal niet meer kan uitoefenen, is het voortbetalen van wedde of loon geen tegenprestatie meer van de arbeid, die hij bij onderstelling niet meer verricht.

In dergelijk geval moet nagegaan worden welke de zin en de strekking is van de uitkering, waarvan het bedrag gelijk is aan het loon of de wedde die hij voor zijn arbeid zou genoten hebben.

600 Volgens een constante rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt de vergoeding die de dader van een onrechtmatige daad aan het slachtoffer verschuldigd is voor de materiële schade die voortspruit uit de aantasting van zijn arbeidsgeschiktheid, niet uitgesloten of beperkt door het feit dat het slachtoffer verder zijn statutaire

bezoldiging bleef ontvangen (zie o.m. Cass., 23 mei 1960, *Arr.Cass.*, 1960, 850; *Pas.*, 1960, I, 1094, *R.G.A.R.*, 1961, 6795; Cass., 28 jan. 1963, *Pas.*, 1963, I, 604; *R.G.A.R.*, 1964, 7203; Cass., 3 mei 1965; *Pas.*, 1965, I, 935; *Bull.Ass.*, 1966, 957; Cass., 4 dec. 1967, *Arr.Cass.*, 1968, 480; *Pas.*, 1968, I, 448; Cass., 12 febr. 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 770; *Pas.*, 1968, I, 721; Cass., 5 mei 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 875; *Pas.*, 1971, I, 808; Cass., 2 dec. 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 394; *Pas.*, 1978, I, 381; *R.W.*, 1978-79, 209; *R.G.A.R.*, 1980, 10.196; Cass., 10 april 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 736; *Pas.*, 1972, I, 723).

Zoals reeds vroeger opgemerkt (zie boven, nr. 561) is het al of niet verplichte karakter van het voortbetalen van loon of wedde niet determinerend. Integendeel moet de zin en de strekking nagegaan worden van het verder betalen door de werkgever, van een uitkering, waarvan het bedrag gelijk is aan het loon of de wedde van het slachtoffer (zie boven, nr. 567).

Dit onderzoek vergt grote omzichtigheid bij de probleemstelling en haar oplossing.

Het kan inderdaad voorkomen dat helemaal geen vraagstuk van cumulatie van aanspraken oprijst, maar slechts een van concrete schadebegroting.

Dit legt uit hoezeer de oplossingen in de rechtspraak uiteenlopend en tegenstrijdig kunnen zijn.

Vanzelfsprekend houdt ook dit vraagstuk nauw verband met de bepaling van de aard der schade uit invaliditeit.

Indien men zou kunnen aanvaarden dat de schade door invaliditeit *in abstracto* bestaat in het verlies van de bekwaamheid tot arbeid zonder meer, dan zouden alle verdere moeilijkheden uitgesloten zijn, en zou nooit aanleiding bestaan tot toerekenen van de verdere uitkeringen van loon of wedde.

Zoals verder zal blijken moet echter *in concreto* vastgesteld worden, of, en in welke mate vermogensschade volgt uit invaliditeit (zie verder, nr. 1122 e.v.). Hieruit ontstaat het cumulatieprobleem.

601 Deze uitkering kan dan vooreerst haar rechtsgrond vinden in de vrijgevigheid van de werkgever jegens het slachtoffer, of in de verzorging die ten voordele van de werknemer bedongen werd in de overeenkomst van dienstverhuring, of bepaald werd door het statuut van het personeel.

Dergelijke uitkeringen, die niet tot schadeloosstelling strekken kunnen aan de aansprakelijke niet ten goede komen, terwijl zij anderzijds geen vergoeding van de arbeid van de gekwetste uitmaken.

Hierbij is overeenkomstig het algemeen principe (zie boven, nr. 571) cumulatie van aanspraken geboden, terwijl anderzijds de werkgever over geen verhaalsrecht tegen de aansprakelijke beschikt (Cass., 10 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 172; *R.G.A.R.*, 1947, 3994; Cass., 14 nov. 1955, *R.W.*, 1955-56, 2063; *Pas.*, 1956, I, 242; *R.G.A.R.*, 1956, 5788; Cass., 17 april 1972, *Arr.Cass.*, 1972, *Pas.*, 1972, I; *R.G.A.R.*, 1973, 8925; PIRSON/DE VILLÉ, I, nr. 222, blz. 542 e.v.; DE PAGE, II, 1964, nr. 1033*bis*, blz. 1092; OFTINGER, I, § 6, II, B, blz. 138; GUHL, § 10, III, c, blz. 67; MACHLEID, *Zur Vorteilsausgleichung, Juristenzeitung*, 1952, 645).

In deze materie kan in de Belgische rechtspraak een grote verwarring vastgesteld worden. Hierbij moet worden opgemerkt dat in vele gevallen de vraag rijst of de invaliditeit gevolgen heeft op het vermogen om inkomsten te verwerven, hetgeen een heel andere, en wel de voorafgaandelijke vraag naar het bestaan en de omvang van de schade betreft. Hierop wordt verder teruggekomen bij de studie van de schadeloosstelling voor invaliditeit (zie verder, nr. 1122 e.v.).

In vele gevallen, zoals in de meeste van de aangehaalde beslissingen, zal het onderscheid voor de hand liggen tussen de tijdelijke en de bestendige werkonbekwaamheid. In het eerste geval zal cumulatie gemakkelijker aanvaard worden dan in het tweede, althans wanneer de werkonbekwaamheid slechts gedeeltelijk is.

Indien echter bedongen is dat de werkgever de uitkeringen als voorschotten zal doen, die hij tegen de aansprakelijke zal mogen verhalen, blijkt hieruit het vergoedend karakter van deze uitkeringen.

In dit geval betaalt de werkgever als borg van de aansprakelijke en is hij, in die mate in de rechten van het slachtoffer wettelijk in de plaats getreden (zie verder, nr. 1035 e.v.; *vgl.* Brussel, 25 nov. 1971, *R.G.A.R.*, 1972, 8815).

Dit is b.v. het geval voor ambtenaren.

Krachtens art. 17 van het K.B. van 1 juni 1964 betreffende sommige verloven toegestaan aan personeelsleden van de Rijksbesturen ontvangt de Rijksambtenaar zijn activiteitswedde of zijn wachtgeld alleen als v o o r s c h o t, wanneer zijn afwezigheid door de schuld van een derde werd veroorzaakt. De uitbetaalde activiteitswedde of wachtgeld is op de derde te verhalen. De Rijksambtenaar ontvangt die wedde alleen op voorwaarde dat hij de staat, bij iedere betaling, ten bedrage van de door de staat gestorte som in zijn rechten doet treden tegen hem die het ongeval heeft veroorzaakt (*vgl.* eveneens Rb. Luik, 13 mei 1966, *J.T.*, 1966, 445).

De term ,, s c h u l d v a n e e n d e r d e'' betekent enkel dat het ongeval niet mag veroorzaakt zijn door de schuld van het slachtoffer zelf, maar geenszins dat, wanneer het ongeval door een andere Rijksambtenaar of orgaan van de staat veroorzaakt wordt, de indeplaatsstelling niet geschiedt omdat de staat de aansprakelijkheid van die ambtenaar of van dit orgaan, moet dekken (Cass., 10 maart 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 639; *Pas.*, 1969, I, 608; *R.W.*, 1970-71, 561).

602 Krachtens de artikelen 52, § 4 (arbeiders) en 75 (bedienden) van de Wet van 3 juli 1978 is de werkgever, die het gewaarborgd loon heeft uitbetaald, gesubrogeerd in de rechten van de getroffene of zijn rechtverkrijgenden tegenover de aansprakelijke derde.

Deze subrogatie geldt tevens voor de sociale bijdragen, waartoe de werkgever door de wet of ingevolge een collectieve arbeidsovereenkomst gehouden was.

Deze bijdragen moeten in ruime zin worden opgevat, nl. elke bijdrage met het oog op de bestaanszekerheid, het welzijn en de professionele en syndicale vorming van de werknemer (Vred. Sint-Gillis, 28 sept. 1981, *J.T.T.*, 1982, 171; *vgl.* Gedr.St., Senaat, 1974, nr. 381/1, blz. 12.

Onder aansprakelijke ,,derde'' wordt iedere persoon, vreemd aan de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de getroffene, verstaan. Ook wanneer de aansprakelijke persoon eveneens door een arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever als de getroffene verbonden is, zal hij een derde blijven, omdat hij vreemd is aan de arbeidsovereenkomst tussen zijn werkgever en de getroffene (Cass., 27 mei 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 1016; *Pas.*, 1975, I, 917; *R.W.*, 1975-76, 1803).

Voor de Wet van 10 december 1962 werd geoordeeld dat cumulatie van vergoedingen, in overeenstemming met het algemeen principe, toegelaten was (zie Corr. Brussel, 10 jan. 1939, *R.G.A.R.*, 1939, 2170; Corr. Dendermonde, 11 april 1951, *Bull.Ass.*, 1951, 688; Corr. Dendermonde, 25 april 1952, *R.G.A.R.* 1953, 5175; *vgl.* Cass., 4 okt. 1954, *Pas.*, 1955, I, 64; *anders:* Corr. Gent, 29 okt. 1955, *Pas.*, 1955-56, 1247; *R.G.A.R.*, 1956, 5830).

Sinds de wetswijziging van 10 december 1962 beschikte de werkgever over een vordering tot terugbetaling voor het gewaarborgd loon (*vgl.* het vroegere art. 29, § 4 van de Wet op de arbeidsovereenkomsten.

Anders was het echter gesteld met de patronale bijdragen. De rechtsleer, hierin gesteund door het Hof van Cassatie en een overwegend deel van de rechtspraak, oordeelde dat de werkgever niet kon steunen op art. 1382 B.W. om de terugbetaling der patronale bijdragen te eisen (zie L. DE WILDE, *Artikel. 1382 B.W. en de terugvordering van betaalde patronale bijdragen,* kritische noot onder Brussel, 30 juni 1972, *R.W.*, 1974-75, 878; D. SIMOENS, *De nieuwe Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en de terugvordering van patronale R.S.Z.-bijdragen, R.W.*, 1978-79, 622; Cass., 12 okt. 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 203; *Pas.*, 1978, I, 190; *R.W.*, 1978-79, 205; Cass., 5 dec. 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 399; *Pas.*, 1979, I, 402; *R.G.A.R.*, 1980, 10.131 met noot J. LIBOUTON; zie verder o.m. Brussel, 23 nov. 1967, *R.G.A.R.*, 1968, 8081; *Bull.Ass.*, 1968, 1052 met noot R.B.; Brussel, 26 dec. 1967, *R.G.A.R.*, 1968, 8037; Luik, 2 april 1968, *R.G.A.R.*, 1969, 8242; *Bull.Ass.*, 1968, 785 met noot R.B.; Vred. Leuze, 7 aug. 1972, *R.G.A.R.*, 1972, 8902 met noot J. FONTEYNE; Pol. Luik, 19 dec. 1972, *Bull.Ass.*, 1973, 365 met noot R.B.; Corr. Namen, 29 juni 1976, *Verz.*, 1977, 99 met noot R.B.; *anders:* Gent, 22 maart 1967, *R.G.A.R.*, 1967, 7858; Brussel, 30 juni 1972, *R.W.*, 1974-75, 876).

603 Een dergelijke betwisting komt voor na de uitbetaling van de disponibiliteitswedde aan een gekwetste ambtenaar.

Aan de ene kant werd beslist dat de aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, en de aanspraak op de disponibiliteitswedde elk hun eigen verschillende rechtsgrond hebben, en derhalve mogen gecumuleerd worden (Corr. Rb. Aarlen, 8 dec. 1950, *R.G.A.R.*, 1951, 4824; *Bull.Ass.*, 1951, 405).

Maar meestal wordt de cumulatie uitgesloten op grond van het vergoedende karakter van deze uitkering (zie Rb. Aarlen, 7 juli 1939, *Pas.*, 1940, III, 21; *R.G.A.R.*, 1940, 3242; Rb. Antwerpen, 30 april 1950, *J.T.*, 1950, 626; Luik, 31 okt. 1951, *R.G.A.R.*, 1952, 4936; *Bull.Ass.*, 1952, 108).

604 In andere gevallen kan de uitkering door de werkgever gedaan, krachtens de partijwil tot schadeloosstelling strekken, hetgeen naar gelang van de overeenkomst, verschillende rechtsgevolgen kan hebben.

Waar de werkgever het loon of de wedde als voorschot voortbetaalt, met last voor de gekwetste om deze sommen terug te betalen wanneer hij ze kan verhalen tegen de aansprakelijke, blijkt dergelijke overeenkomst volledig vreemd aan de rechtsverhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke. Laatstgenoemde blijft zonder meer tot de volledige schadeloosstelling gehouden jegens de benadeelde, en is niet gerechtigd om zich op de besproken uitkeringen te beroepen.

605 De zin en de strekking als schadeloosstelling kan vervolgens blijken, overeenkomstig de reeds aangeduide principes (zie boven, nr. 568), vooreerst uit het wettelijk of bedongen verhaalsrecht van de derde die de wedde of het loon geheel of gedeeltelijk voortbetaalde, b.v. krachtens de bedongen subrogatie van werkgever, of krachtens overdracht van schuldvordering. In dergelijk geval is, in de

mate van de subrogatie of van de overdracht van schuldvordering, de cumulatie uitgesloten.

Verder kan de werkgever, buiten de wil om van de aansprakelijke (art. 2011 en 2014 B.W.), als borg voor diens verbintenis, de schadeloosstelling gelijk aan het loon- of weddeverlies aan zijn ondergeschikte uitkeren, en, waar hij de schuld van de aansprakelijke geheel of gedeeltelijk betaalde, is hij luidens artikel 2029 B.W. gesubrogeerd, zodat eens te meer alle cumulatie uitgesloten is (zie o.m. Cass., 13 jan. 1941, *Pas.*, 1941, I, 8 met noot L.C.; Cass., 17 nov. 1954, *Pas.*, 1955, I, 244; *J.T.*, 1955, 140; Cass., 25 april 1966, *R.W.*, 1966-67, 1478; *Pas.*, 1966, I, 1074).

De problemen die in verband met deze subrogatie rijzen betreffen meestal niet de cumulatie van aanspraken, maar wel het onafscheidelijke vraagstuk van het verhaalsrecht van derden, en zal met de studie daarvan verder besproken worden (zie verder, nr. 1012 e.v.).