

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Het tweeledige schadebegrip in het wetsvoorstel houdende boek 6 “Buitencontractuele aansprakelijkheid” van het Burgerlijk Wetboek

Reference:

Schollaert Victor.- Het tweeledige schadebegrip in het wetsvoorstel houdende boek 6 “Buitencontractuele aansprakelijkheid” van het Burgerlijk Wetboek
Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht - ISSN 0775-2814 - 8(2023), p. 377-385
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1995250151162165141>

Het tweeledige schadebegrip in het wetsvoorstel houdende boek 6 “Buitencontractuele aansprakelijkheid” van het Burgerlijk Wetboek

Victor Schollaert¹

1. Op 30 september 2017 werd een Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht opgericht.² Die Commissie maakte in 2019 reeds een ontwerp voor de hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.³ Op 8 maart 2023 werd een wetsvoorstel ingediend door Koen Geens (CD&V) en Katja Gabriëls (OpenVLD) die de uitloper vormt van dit ontwerp (hierna: “wetsvoorstel boek 6”).⁴ Met dit voorstel wordt het schadebegrip voor het eerst wettelijk gedefinieerd. Het opstellen van een definitie was een taak die jarenlang uitsluitend te beurt viel aan de rechtspraak en de rechtsleer.

Het voorstel meent met de wettelijke definitie van schade geen belangrijke verandering in het huidige recht te beogen,⁵ maar vooral meer duidelijkheid te brengen.⁶ De Commissie hanteert een onderscheid tussen de eigenlijke schade en het construct dat daaraan ten grondslag ligt. In deze bijdrage wordt nagegaan hoe dit tweeledige, wettelijke schadebegrip precies begrepen moet worden en of het de doelstelling van de rechtszekerheid bereikt. Daartoe wordt in een eerste deel de consensus omtrent het schadebegrip uiteengezet, waarna in een tweede deel het schadebegrip uit het wetsvoorstel boek 6 wordt geanalyseerd. In het derde deel wordt een alternatieve invulling gegeven aan de tweedeling die in het nieuwe schadebegrip vervat ligt. In het vierde deel wordt tot slot een conclusie opgesteld.

Deel I: De consensus vandaag

1. Schade

2. Schade wordt vandaag gedefinieerd als de aantasting van een belang.⁷ Het begrip “belang” wordt niet enkel in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht gehanteerd. Het speelt een rol in verschillende domeinen van het recht. Toch heeft het geen duidelijk afgelijnde juridische betekenis.⁸ Auteurs zijn het er over eens dat een “belang” in het

¹ Doctoraatsonderzoeker in het aansprakelijkheidsrecht aan Antwerp Liability Law and Insurance Chair, Universiteit Antwerpen; Deze bijdrage is een herwerking van een eerdere bijdrage (V. SCHOLLAERT, “Het schadebegrip in het wetsvoorstel houdende boek 6 “Buitencontractuele aansprakelijkheid” van het Burgerlijk Wetboek”, *SSNR* 14 maart 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4384250). Die bijdrage werd nu door het *TBBR* onderworpen aan een dubbel blinde *peer review*.

² Ministerieel besluit 30 september 2017 houdende oprichting van de Commissie tot hervorming van het burgerlijk wetboek, *BS* 9 oktober 2017, 2017013513.

³ H. BOCKEN, B. DUBUISSON, G. JOCQUÉ, G. SCHAMPS, T. VANSWEEVELT, J. DELVOIE en B. ZAMMITTO, *De hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht. Le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité*, Brugge, die Keure, 2019, 168 p.

⁴ Wetsvoorstel 8 maart 2023 houdende boek 6 “buitencontractuele aansprakelijkheid” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3213/001.

⁵ Wetsvoorstel boek 6, 10 en 119.

⁶ Wetsvoorstel boek 6, 119.

⁷ Cass. 16 januari 1939, *Pas.* 1939, 25; Cass. 28 oktober 1942, *Pas.* 1942, 261; Cass. 2 mei 1955, *Arr.Cass.* 1955, 725; Cass. 4 september 1972, *Arr.Cass.* 1973, 1; Cass. 17 oktober 2016, C.09.0414.F; Cass. 17 oktober 2016, C.11.0062.F; Cass. 13 april 2018, nr. C.13.0302.F, *JLMB* 2018, 1076; Cass. 5 juni 2020, nr. C.19.0396.F, *TBBR* 2022, 338, noot V. SCHOLLAERT; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, Brussel, Larcier, 1962, 287; E. DIRIX, *Het Begrip Schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 25; H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUITHOF, *Inleiding tot schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 46; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 453.

⁸ S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 425; Zie F. OST, *Entre droit et non-droit: l'intérêt in droit et intérêt*, Brussel, Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, 9–19; Zie T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Brussel, Larcier, 2005, 247–252.

aansprakelijkheidsrecht een synoniem is voor een “voordeel”. Schade is dus, op een meer tastbare manier verwoord, het verlies van een voordeel.⁹ Ook het Hof van Cassatie stelt sinds 1939 dat schade de aantasting van een belang óf het verlies van een voordeel is.¹⁰ Soms heeft het Hof het zelfs enkel over een voordeel in plaats van een belang of beiden.¹¹

In tegenstelling tot wat vroeger vaak werd geopperd, moet het verloren voordeel niet beschermd zijn door een recht om schade uit te maken.¹² Elk mogelijk voordeel komt in beginsel in aanmerking om als schade te kwalificeren eens het is aangetast.¹³ Het is daarom niet mogelijk om een exhaustieve lijst op te stellen van alle mogelijke schadeposten.¹⁴

3. Er wordt vaak gesteld dat schade kan worden omschreven als het negatieve verschil tussen de toestand waarin de benadeelde zich bevindt na het aansprakelijkheid genererend feit en de hypothetische toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien dit feit niet had plaatsgevonden.¹⁵ Deze vergelijking gaat terug op een beschrijving van de Duitse rechtsgeleerde MOMMSEN.¹⁶

2. Herstelbare schade

⁹ R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, Brussel, Larcier, 1962, 287; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 453; *Contra* L. CORNELIS en I. VUILLARD, “Le dommage” in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2000, Dossier 10, (3) 4 en 6; Men kan net zo goed stellen dat schade een nadeel is: M. KRUIHOF, “Schade, schadeloosstelling en reparatiekosten: een doctrinale analyse van de vetusiteitsafrek op basis van een scherpgesteld begrippenkader” in *Recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*. ICIV IV, Antwerpen, Intersentia, 2022, (11) 15.

¹⁰ Zie de rechtspraak uit voetnoot 7.

¹¹ Dat doet het Hof vaak in verband met de rechtmatigheidsvereiste van herstelbare schade: zie bijvoorbeeld Cass. 15 november 2006, nr. P.06.0308.F, *Arr.Cass.* 2006, 2303; Ook in andere arresten omtrent schade beperkt het hof zich vaak tot “het verlies van een voordeel”, zie bijvoorbeeld Cass. 28 oktober 1942, *Pas.* 1942, 261; Cass. 26 september 2012, nr. P.12.0512.F, *VAV* 2012, 402, noot H. ULRICHTS; Cass. 15 november 2018, nr. C.17.0492.F, *RGAR* 2019, 15599.

¹² Zie J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 41–53; Zie E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 18–22; Zie P. COLSON, “La définition du dommage comme lésion d’un intérêt stable et légitime?” in *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (7) 19–27; Zie B. DUBUISSON, “Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources” in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (315) 318–320; Zie ook M. KRUIHOF, *Tort Law in Belgium*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2018, 42; Zie ook M. KRUIHOF, “Schade, schadeloosstelling en reparatiekosten: een doctrinale analyse van de vetusiteitsafrek op basis van een scherpgesteld begrippenkader” in *Recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*. ICIV IV, Antwerpen, Intersentia, 2022, (11) 13; Voor een moderne conceptie van schade als een belang beschermd door het recht zie B. DUBUISSON, “Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources” in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 315–336.

¹³ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 51; B. DUBUISSON, “L’arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – l’être ou le néant : l’alternative illégitime” (noot onder Cass. 14 november 2014), *JT* 2015, (209) 215; M. KRUIHOF, *Tort Law in Belgium*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2018, 43.

¹⁴ KONINKLIJK VERBOND VAN DE VREDE- EN POLITIERECHTERS, *Indicatieve Tabel 2020*, Brugge, die Keure, 2021, VI.

¹⁵ J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 38; A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965, 16; J. VIAENE, *Schade aan de mens*, III, *Evaluatie van de gezondheidsschade*, Antwerpen, Kluwer, 1976, 263–264; J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling* in *APR*, Gent, Story Scientia, 1984, 8; L. VENY, “Actualia inzake (onderwijs)aansprakelijkheid” in *CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN* (ed.), *Actuele vraagstukken van onderwijsrecht*, Deurne, Kluwer, 1997, (31) 44; S. LIERMAN, “Het “voorzorgsbeginsel” en zijn invloed op gezondheidsbescherming en aansprakelijkheid”, *RW* 2001-02, (865) 876; L. CORNELIS, “Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband” in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, in *Recht en Onderneming*, Brugge, die keure, 2004, (249) 294; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations in De Page. Traité de droit civil Belge*, II, *Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1543; KONINKLIJK VERBOND VAN DE VREDE- EN POLITIERECHTERS, *Indicatieve Tabel 2020*, Brugge, die Keure, 2021, V; Vgl. L. DE WILDE, “Begrip “Schade”” in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (179) 181; Deze omschrijving vond recent ook zijn weg naar de rechtspraak: Cass. 14 november 2014, nr. C.13.0441.N, *Arr.Cass.* 2014, 2597, concl. A. VAN INGELGEM; Cass. 21 april 2016, nr. C.15.0286.N, *T.Gez.* 2016–17, 107, noot X; Cass. 17 oktober 2016, nr. C.09.0414.F, *RGAR* 2017, 15389; Cass. 13 april 2018, nr. C.13.0302.F, *JLMB* 2018, 1076; In de aangegeven definities wordt het aansprakelijkheid genererend feit vaak verengd tot de onrechtmatige daad.

¹⁶ F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, Schwetschke, 1855, 3: Hij ziet schade als “die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde”; Voor een bespreking zie J. VIAENE, *Schade aan de mens*, III, *Evaluatie van de gezondheidsschade*, Antwerpen, Kluwer, 1976, 267–271.

4. Elk verloren voordeel vormt schade, maar niet alle schade komt ook voor herstel in aanmerking.¹⁷ Om als herstelbare schade in aanmerking te komen, is vereist dat het verloren voordeel niet onrechtmatig,¹⁸ maar dus rechtmatig,¹⁹ was.

De beoordeling van het rechtmatige karakter van herstelbare schade gebeurt op het ogenblik waarop het aansprakelijkheid generend feit zich heeft voorgedaan.²⁰

5. Een voordeel is onrechtmatig als het is ontstaan uit een situatie die strijdig is met het recht²¹. Gezien de openbare orde en de goede zeden in dat recht ook een rol spelen,²² bepalen extrajuridische en morele redenen onvermijdelijk mee de beoordeling van het rechtmatige karakter van een voordeel.²³ Soms spreekt men zelfs over een minimumvereiste aan redelijkheid, eerlijkheid en fatsoen.²⁴ De rechtmatigheidsvereiste kan worden geïllustreerd met het volgende voorbeeld: een dief kan geen herstel vorderen van de voordelen die hij verliest doordat zijn gestolen auto teniet gaat.²⁵

¹⁷ J.-L. FAGNART, "L'évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun (principes généraux — accidents mortels)", *RGAR* 1994, nr. 12248, (1) 2; L. CORNELIS, "L'apparence trompeuse du dommage par répercussion" in FONDATION PIEDBOEUF en LA CONFÉRENCE LIBRE DU JEUNE BARREAU DE LIÈGE (eds.), *L'indemnisation du préjudice corporel*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1996, (149) 153; L. CORNELIS, "Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator" in K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (61) 61; H. DE WULF, "Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang – en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van nemo auditor", noot onder Cass. 2 maart 2006, *TBH* 2007, (255) 258; D. DE CALLATAÏ en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 2: Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 21; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations in De Page. Traité de droit civil Belge*, II, *Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1549; N. ESTIENNE, "Le dommage réparable: quelques questions d'actualité" in A. CATALDO en A. PÜTZ (eds.), *Trois conditions pour une responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2016, (51) 66; P.A. FORIERS en E. DE DUVE, "Aspects du dommage réparable et des dommages et intérêts" in M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (321) 322.

¹⁸ Cass. 2 mei 1955, *Arr.Cass.* 1955, 725; Cass. 4 september 1972, *Arr.Cass.* 1973, 1; Cass. 17 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1105; Cass. 19 december 1978, *Arr.Cass.* 1978–79, 466; Cass. 14 mei 2003, nr. P.02.1204.F, *Arr.Cass.* 2003, 1163, concl. J. SPREUTELS; Cass. 20 februari 2006, nr. C.04.0366.N, *Arr.Cass.* 2006, 414; Cass. 4 november 2011, nr. C.08.0407.F, *JT* 2012, 530; I. DURANT, 'Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité' in S. STIJS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (53) 81.

¹⁹ Cass. 16 januari 1939, *Pas.* 1939, 25; Cass. 15 februari 1990, nr. 8500, *Arr.Cass.* 1989–90, 776; Cass. 3 oktober 1997, nr. C.96.0334.F, *Arr.Cass.* 1997, 921; Cass. 2 april 1998, nr. C.94.0438.N, *Arr.Cass.* 1998, 407, concl. DE SWAEF; Cass. 6 juni 2008, nr. C.06.0640.F, *NJW* 2008, 927, noot I. BOONE; Cass. 27 juni 2013, nr. C.12.0340.F, *Arr.Cass.* 2013, 1644; R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, Brussel, Larcier, 1962, 287; D. DE CALLATAÏ en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 2: Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 21; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations in De Page. Traité de droit civil Belge*, II, *Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1544; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 1141; Ook de termen "geoorloofd" en "wettig" worden in de rechtspraak gehanteerd: zie Cass. 14 mei 2003, nr. P.02.1204.F, *Arr.Cass.* 2003, 1163, concl. J. SPREUTELS; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations in De Page. Traité de droit civil Belge*, II, *Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1544.

²⁰ Cass. 6 juni 2008, nr. C.06.0640.F, *NJW* 2008, 927, concl. I. BOONE; Cass. 13 juni 2013, nr. C.11.0634.F, *Arr.Cass.*, 1494; Pol. Antwerpen 15 april 2016, *VAV* 2017, 38; Zie I. DURANT, "Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité" in S. STIJS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (53) 74; Zie N. ESTIENNE, "Le dommage réparable: quelques questions d'actualité" in N. ESTIENNE, A. CATALDO en A. PUTZ (eds.), *Trois conditions pour une responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2016, (51) 77–78.

²¹ L. CORNELIS en I. VUILLARD, "Le dommage" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2000, Dossier 10, (3) 17; Vgl. H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 56; Zij hebben het over regelen van dwingend recht en andermans rechten; Vgl. M. KRUIHOF, *Tort Law in Belgium*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2018, 42: Hij heeft het over "law or public policy" en "someone else's right".

²² Cass. 26 juni 1967, *Arr.Cass.* 1967, 1299; J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 117; R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, Brussel, Larcier, 1962, 287–288; L. DE WILDE, "Begrip "Schade"" in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (179) 201; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 68.

²³ J.-L. FAGNART, "L'évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun (principes généraux — accidents mortels)", *RGAR* 1994, nr. 12248, 3; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Brussel, Larcier, 1997, 22; Zie ook L. DE WILDE, "Begrip "Schade"" in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (179) 201; Zie ook J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling in APR*, Gent, Story Scientia, 1988, 40; *Contra* L. CORNELIS en I. VUILLARD, "Le dommage" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2000, Dossier 10, (3) 17.

²⁴ J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling in APR*, Gent, Story Scientia, 1988, 40.

²⁵ L. CORNELIS en I. VUILLARD, "Le dommage" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2000, Dossier 10, (3) 17.

Natuurlijk zijn niet alle voordelen die bestonden tijdens een situatie die strijdig was met het recht ook daardoor ontstaan. De verloren voordelen die tijdens die situatie wel bestonden, maar niet uit die situatie zijn ontstaan, hebben een rechtmatig karakter.²⁶ Dat iemand zich bevond in een situatie strijdig met het recht betekent niet noodzakelijk dat die zich niet kan beroepen op het verlies van een rechtmatig voordeel.²⁷ Daarom kan de dief wel rechtmatige voordelen verliezen als hij in zijn gestolen auto wordt aangereden en zijn fysieke integriteit wordt geschonden.²⁸ De voordelen verbonden aan de gaafheid van zijn lichaam staan namelijk niet in een constitutief verband met het stelen van de auto. Dat is ook de reden waarom een smokkelaar die wordt aangereden, waardoor hij zijn auto verliest en zijn fysieke integriteit wordt geschonden, rechtmatige voordelen verliest. De voordelen verbonden aan zijn auto en zijn lichamelijke gaafheid staan niet in constitutief verband met de situatie van smokkelhandel, die wel degelijk strijdig is met het recht.²⁹ Hoe een voordeel dat louter bestond tijdens een onrechtmatige toestand precies kan worden afgebakend van een voordeel dat door die toestand is ontstaan, is niet geheel duidelijk. Het Hof van Cassatie probeerde reeds in verschillende arresten de weg te wijzen.³⁰ De vaagheid zou het gevolg zijn van de noodzaak zowel de openbare orde als de eerbiediging van de billijkheid en de economische realiteit te willen beschermen.³¹

Deel II: Schade in het wetsvoorstel boek 6

6. Artikel 6.25, §1 formuleert de nieuwe basisregels omtrent het bestaan van schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht:

§ 1. Schade bestaat uit de economische en niet-economische weerslag van de aantasting van een juridisch beschermd belang.

§ 2. Schade die bestaat in het verlies van een voordeel dat zijn oorsprong vindt in een onrechtmatige gebeurtenis of activiteit die aan de benadeelde kan worden aangerekend, leidt niet tot schadeloosstelling.

1. Schade

7. Artikel 6.25, §1 definieert schade als de economische en niet-economische weerslag van de aantasting van een juridisch beschermd belang. Daaruit vloeit voort dat schade niet langer de aantasting is van een belang,³² maar wel de wéerslag van de aantasting van een belang. De

²⁶ L. DE WILDE, "Begrip "Schade"" in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (179) 201; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 200; Zie E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 68–72; Zie B. DE TEMMERMAN, "Recente cassatierechtspraak inzake schade en schadevergoeding (2001-2003)", *RGAR* 2003, nr. 13763, (1) 3.

²⁷ Cass. 4 november 2011, nr. C.08.0407.F, *JT* 2012, 530; Cass. 16 juni 2014, nr. C.12.0402.F, *Arr.Cass.* 2014, 1550; Cass. 15 september 2015, nr. P.14.0561.N, *Arr.Cass.* 2015, 2000.

²⁸ Zie L. CORNELIS en I. VUILLARD, "Le dommage" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2000, Dossier 10, (3) 17.

²⁹ Brussel 15 april 1960, *RGAR* 1960, 6687.

³⁰ Zie B. DE TEMMERMAN, "Recente cassatierechtspraak inzake schade en schadevergoeding (2001-2003)", *RGAR* 2003, nr. 13763, (1) 3–4; Zie P.A. FORIERS en E. DE DUVE, "Aspects du dommage réparable et des dommages et intérêts" in P. FORIERS, E. DE DUVE en M. DUPONT (eds.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (321) 326–333; Vgl. L. CORNELIS, "actuele tendensen bij de vergoeding van morele schade" in J. FAGNART en A. PIRE (eds.) *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, Brussel, Bruylant, 1993, (109) 135–137.

³¹ P.A. FORIERS, "Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation)" in J.-F. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité.*, Brussel, Bruylant, 2014, (7) 38.

³² G. JOCQUÉ, "Schade en gevolgen van aansprakelijkheid", *TPR* 2021, (379) 381.

aantasting van een belang is dus niet langer schade, volgens de nieuwe definitie.³³ De “weerslag”, i.e. de economische en niet-economische gevolgen van de aantasting van het belang, is de schade.³⁴ Helaas geeft het wetsvoorstel boek 6 niet aan wat die “weerslag”, en dus de schade, dan precies inhoudt. Het lijkt erop dat de “weerslag” ingevuld kan worden op de manier dat het schadebegrip vandaag ingevuld wordt, i.e. het verlies van een voordeel. Dat kan *a contrario* afgeleid worden uit artikel 6.25, §2.³⁵ De definitie van schade als een weerslag blijft in die zin dus gewoon het verlies van een voordeel. Net als vandaag het geval is, kwalificeren alle verloren voordelen als schade.³⁶

8. Als de weerslag als het verlies van een voordeel begrepen kan worden, lijkt artikel 6.25, §1 een logische onmogelijkheid. Als we de woorden “(economische en niet-economische) weerslag” vervangen door “het verlies van een voordeel”, verschijnt immers de zin: “Schade bestaat uit het verlies van een voordeel als gevolg van de aantasting van een belang”. Op basis van de hedendaagse consensus omtrent het schadebegrip, zoals het hierboven werd uiteengezet, betekenen beide zinsdelen dan hetzelfde. De aantasting van een belang is het verlies van een voordeel. Om artikel 6.25, §1 betekenis te geven moet de “aantasting van een belang” dus een andere betekenis krijgen dan hoe het vandaag ingevuld wordt. De “aantasting van een belang” ligt in de nieuwe definitie ten grondslag van de schade, maar is zelf niet langer schade. Hoe het begrip precies begrepen moet worden, wordt niet geëxpliciteerd.

In de toelichting zijn een aantal voorbeelden terug te vinden van “de aantasting van een belang”. Zo spreekt het wetsvoorstel boek 6 over de aantasting van de fysieke integriteit en de aantasting van een goed waarvan men eigenaar is.³⁷ Een ander voorbeeld is de dood van een persoon. De dood kan bij de overleden persoon uiteraard geen schade meer veroorzaken, maar die “aantasting van een belang” kan wel bij naasten van die persoon schade veroorzaken.³⁸ Daarnaast wordt de inbreuk op een intellectueel recht en een persoonlijkheidsrecht als voorbeeld gegeven. De inbreuk op een recht is echter een fout,³⁹ en dus geen schade of iets dat ten grondslag ligt van schade. De Commissie sluit zich eerder in het voorstel aan bij die stelling.⁴⁰ Deze laatste voorbeelden blijken dus niet op consistente wijze in te passen in het aansprakelijkheidsrecht.

De “aantasting van een belang” als grondslag van de schade wordt dus op een vrij onduidelijke manier ingevuld. Terminologisch is het erg verwarrend dat het wetsvoorstel boek 6 de oude definitie van schade gebruikt in de constructie van iets dat ten grondslag ligt aan schade en

³³ In de toelichting wordt schade op verschillende plaatsen wel weer gelijkgesteld met de aantasting van een belang. Zie bijvoorbeeld wetsvoorstel boek 6 pagina 122: “Het voorstel voegt aan de definitie van schade als de aantasting van een belang enkel toe dat dit laatste juridisch beschermd moet zijn.”

³⁴ Wetsvoorstel boek 6, 125.

³⁵ Artikel 6.25, §1 heeft het immers over “schade die bestaat in het verlies van een voordeel”. In het wetsvoorstel boek 6 lijkt daarentegen soms een onderscheid te bestaan tussen het aangetast belang, de weerslag én het verloren voordeel. Dat zou een driedelig onderscheid impliceren. Zo is er volgende zin te lezen “Die inkomsten kunnen dus niet in aanmerking worden genomen **als basis** voor het bepalen van de economische weerslag van de aantasting van zijn fysieke integriteit. Het in aanmerking nemen ervan zou ertoe leiden een onrechtmatige activiteit te bekrachtigen.” (eigen vetdruk; wetsvoorstel boek 6, 130). Deze zin lijkt te veronderstellen dat de aantasting van een belang (grondniveau) kan resulteren in een verloren voordeel (niveau 1) dat vervolgens een economische of niet-economische weerslag heeft (niveau 2).

³⁶ Wetsvoorstel boek 6, 121.

³⁷ Wetsvoorstel boek 6, 120; Vreemd genoeg stelt het voorstel later in de tekst de schending van de fysieke integriteit niet gelijk met een *aangetast* belang, maar gewoon met een belang (“De aantasting van zijn fysieke integriteit betreft wel degelijk een juridisch beschermd belang.” (voorstel, 130)). Dit is wellicht een slordigheid.

³⁸ Wetsvoorstel boek 6, 124-125 en 126-127.

³⁹ Zie V. SCHOLLAERT, “Is de inbreuk op een recht absoluut of relatief onrechtmatig”, *NJW* 2021, (514) 519-520.

⁴⁰ Wetsvoorstel boek 6, 43.

zelf niet langer schade is. Bovendien is het niet geheel duidelijk hoe “de aantasting van een belang” zich verhoudt tot de eigenlijke schade.

9. Ook in het Franse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen de grondslag van de schade en de eigenlijke schade. Het onderscheid dat daar gehanteerd wordt kan evenwel niet gebruikt worden om het tweeledige schadebegrip uit het wetsvoorstel boek 6 te duiden. De Commissie geeft zelf aan dat ze zich niet aansluit “bij het door een deel van de Franse rechtsleer voorgestane onderscheid tussen “dommage” en préjudice”.⁴¹

2. Herstelbare schade

10. Artikel 6.25, §1 heeft het niet louter over de aantasting van een belang, maar over de aantasting van een juridisch beschermd belang. Strikt genomen is de juridische beschermingsvereiste dus een voorwaarde die niet aan schade wordt gesteld (zoals vandaag wél het geval is),⁴² maar aan het construct dat ten grondslag ligt van de schade. Nochtans wordt dat in de toelichting tegengesproken. Er is immers te lezen dat het wetsvoorstel boek 6 aan de definitie van schade als de aantasting van een belang wil toevoegen dat dit belang juridisch beschermd moet zijn.⁴³

Artikel 6.25, §1 impliceert dat rechtmatigheid geen vereiste meer zal zijn om schade als herstelbaar te kwalificeren. Men kan immers niet meer zinvol spreken over het adjectief “rechtmatig” in relatie tot schade. Schade is nu per definitie rechtmatig. Als het niet rechtmatig is, is het geen schade.⁴⁴ Ten minste, dat volgt uit artikel 6.25, §1. In de toelichting is wederom een tegenspraak vast te stellen.⁴⁵

11. Alsof dit nog niet verwarrend genoeg is, blijkt uit de bespreking van artikel 6.25, §2 dat het wetsvoorstel boek 6 met de aantasting van een juridisch beschermd belang niet hetzelfde zou bedoelen als rechtmatige schade vandaag. De vereiste van juridische bescherming zou wel degelijk een voorwaarde betreffen die aan het construct “belang” wordt gesteld dat ten grondslag ligt van de eigenlijke schade. Het zou dus tóch geen vereiste betreffen die in het eigenlijke begrip schade vervat zit, zoals in de toelichting wel is te lezen.⁴⁶ Dat betekent dat de weerslag van de aantasting van een belang dat niet juridisch beschermd is, moet onderscheiden worden van onrechtmatig schade. Over onrechtmatige schade bepaalt artikel 6.25, §2 immers dat die pas ontstaat wanneer het verlies van een voordeel zijn oorsprong vindt in een onrechtmatige gebeurtenis of activiteit die aan de benadeelde kan worden aangerekend. Dit impliceert ook dat men tóch zinvol kan spreken over rechtmatige schade, gezien niet alle schade per definitie rechtmatig is. Zoals hierboven bleek, ligt aan schade slechts per definitie de aantasting van een juridisch beschermd belang ten grondslag. Het juridisch beschermd belang is een belang dat erkend en beschermd wordt door het recht.⁴⁷

⁴¹ Wetsvoorstel boek 6, 126.

⁴² *Supra*, randnummer 4.

⁴³ Wetsvoorstel boek 6, 121-122; Merk op dat de Commissie schade hier weer definieert zoals dat vandaag gebeurt, namelijk als de aantasting van een belang.

⁴⁴ Volgens Kruithof is dat vandaag reeds het geval: KRUIHOF, “Is een vordering tot schadeloosstelling voor de krenking van een onrechtmatig belang ontoelaatbaar of ongegrond?”, *RW* 2022-23, 1570, voetnoot 73.

⁴⁵ Wetsvoorstel boek 6, 124: “Artikel 6.25, § 1, stelt duidelijk dat de **schade, om herstelbaar te zijn**, het gevolg moet zijn van een aantasting van een juridisch beschermd belang.” (eigen vetdruk); Voorstel 129: “Beide begrippen tonen aan dat de rechtsorde voorwaarden stelt om te aanvaarden dat een bepaalde **schade in aanmerking komt voor schadeloosstelling.**” (eigen vetdruk).

⁴⁶ *Supra*, voetnoot 43.

⁴⁷ Wetsvoorstel boek 6, 125.

De vereiste van een juridisch beschermd belang zou betekenen dat een dief geen schadeherstel kan vorderen voor de schade die hij lijdt doordat zijn gestolen goed werd beschadigd.⁴⁸ Het valt niet in te zien hoe deze situatie verschilt van onrechtmatige schade, i.e. het verlies van een voordeel dat ontstaat uit een onrechtmatige activiteit (artikel 6.25, §2). Op welke manier moet het onderscheid gemaakt worden tussen schade die ontstaat uit de aantasting van een belang dat niet juridisch beschermd is en onrechtmatige schade?⁴⁹ Het antwoord op die vraag wordt natuurlijk nog bemoeilijkt door het feit dat het niet duidelijk is hoe de aantasting van een belang moet begrepen worden.⁵⁰

Deel III: Een zinvolle invulling van het tweeledige schadebegrip

12. Uit het vorige deel blijkt dat het nieuwe schadebegrip alles behalve eenduidig is. Artikel 6.25 deelt het schadebegrip op in twee delen: de eigenlijke schade en het construct dat daaraan ten grondslag ligt. Doordat beide concepten niet helemaal duidelijk afgelijnd zijn, gaat de meerwaarde van zo'n tweedeling verloren. In dit deel III wil ik aantonen dat een tweedelig gestructureerd schadebegrip wel degelijk een theoretische meerwaarde biedt in het aansprakelijkheidsrecht, als beide structurelementen op een heldere manier ingevuld worden. In wat volgt wordt uitgegaan van het onderscheid tussen een verandering als construct dat ten grondslag ligt van schade en het verlies van een voordeel als de eigenlijke schade.

1. De verandering en de schade

13. Zonder veranderingen in de wereld blijven de dingen doorheen de tijd aan zichzelf gelijk en kan er geen schade optreden.⁵¹ Een verandering kan dus als het construct worden beschouwd dat ten grondslag ligt van schade. Veranderingen zijn bijvoorbeeld: het tenietgaan van een auto⁵² of de verwonding van een lichaam.⁵³ Ook de publicatie van een krantenartikel of de berekeningen van een computer, zijn veranderingen. Een verandering is elke wijziging van toestand. Er is steeds iets dat de verandering ondergaat (het onderwerp van de verandering).

Schade daarentegen, is het verlies van een voordeel.⁵⁴ Die schade kan rechtmatig dan wel onrechtmatig zijn. Enkel rechtmatige schade vormt herstelbare schade.⁵⁵ Het begrip (herstelbare) schade wordt hier dus ingevuld overeenkomstig de hedendaagse consensus.

⁴⁸ Wetsvoorstel boek 6, 128.

⁴⁹ Ook voor de Raad van State is dat onderscheid niet duidelijk: Wetsvoorstel houdende boek 6 "Buitencontractuele aansprakelijkheid" van het Burgerlijk Wetboek. Advies van de Raad van State. Nr. 73.282/2 van 23 mei 2023, *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3213/002; Zie ook Q. ALALUF, T. COPPEE, J. FAGNART, A. KAPITA, I. LUTTE en M. VANDERWECKENE, "Analyse de l'article 5.171, §1. Dommage et intérêt juridiquement protégé" in I. LUTTE (ed.), *Réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2020, (87) 97-98.

⁵⁰ *Supra*, randnummer 8.

⁵¹ J. VIAENE, *Schade aan de mens*, III, *Evaluatie van de gezondheidsschade*, Antwerpen, Kluwer, 1976, 423.

⁵² Voor een uitgewerkt voorbeeld hiervan zie: M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid: een methodologische en positief-rechtelijke analyse*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1972, 114-115.

⁵³ Bijvoorbeeld Cass. 22 september 1993, nr. P.93.0567.F, *Arr.Cass.* 1993, 737: "Overwegende dat, volgens het gemene recht, de dader van een strafbaar feit gehouden is tot vergoeding o.m. van de materiële schade voortvloeiende uit de aantasting van de lichamelijke integriteit die een weerslag heeft op de arbeidsgeschiktheid van de getroffene"

⁵⁴ *Supra*, randnummer 2.

⁵⁵ *Supra*, randnummers 4-5.

14. Er is geen vast verband tussen de evolutie in toestand en de evolutie van een voordeel. Een wijziging in de toestand kan het verlies van een voordeel, schade, impliceren, maar dat is niet noodzakelijk het geval. Omgekeerd is dat wel steeds het geval. Schade bestaat niet zonder een verandering.⁵⁶

2. Schade als een verschil

15. De definitie van schade als een negatief verschil wordt door het wetsvoorstel boek 6 niet nuttig geacht.⁵⁷ Ze zou enkel nuttig zijn om de omvang van, uitsluitend materiële, schade vast te stellen. Door de tweeledige structuur van het schadebegrip op een consistente wijze als kompas te hanteren, blijkt dat het negatief verschil wel degelijk nuttig kan zijn bij het definiëren van de eigenlijke schade.

16. Schade die wordt omschreven als het negatieve verschil tussen de toestand waarin de benadeelde zich bevindt na het aansprakelijkheid genererend feit en de hypothetische toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien dit feit niet had plaatsgevonden geeft, schenkt weinig aandacht aan wat er precies wordt vergeleken.⁵⁸ In de aangegeven omschrijving is sprake van een toestandsvergelijking, maar dat is enigszins verwarrend. Een toestandsvergelijking lijkt eerder geschikt om de verandering aan te geven.⁵⁹ Hoe zou men een verandering namelijk anders kunnen uitdrukken dan het verschil tussen twee toestanden.⁶⁰ Het gaat daarbij dan wel over het verschil tussen de toestand ná het aansprakelijkheid genererend feit en de toestand ervóór, en niet over het verschil tussen de toestand na het aansprakelijkheid genererend feit en de toestand waarin men zich zou hebben

⁵⁶ Verschillende auteurs lijken tot een andere conclusie te komen. Dat heeft te maken met hun afwijkende begripsafbakening. Zo stelt Bloembergen dat schade kan ontstaan zonder “beschadiging”. Door van een “beschadiging” te spreken vernauwt hij de vernadering die aanleiding kan geven tot schade echter tot de aantasting van een goed, terwijl elke verandering aanleiding kan geven tot schade. Door een verandering hiertoe te vernauwen kan Bloembergen stellen dat schade kan ontstaan zonder beschadiging (A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965, 20–21.). Bij sommige Franse auteurs die “dommage” van “préjudice” onderscheiden, zien we een soortgelijke conclusie. Schade, “préjudice”, kan ontstaan zonder “dommage”. Deze auteurs vernauwen de verandering met hun begrip “dommage” tot de aantasting van een persoon of een goed (M. BACACHE-GIBELLI, *Droit civil. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle.*, Parijs, Economica, 2007, 336; J.-S. BORGHETTI, “Non-Pecuniary Damages in France”, *The Chinese Journal of Comparative Law* 2015, (268) 271; P. BRUN, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2018, 122). Daardoor kan men inderdaad stellen dat iemand voordelen kan verliezen zonder dat een van die dingen werd aangetast (R. OLLARD, “La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2010, (561) 562; J.-S. BORGHETTI, “Non-Pecuniary Damages in France”, *The Chinese Journal of Comparative Law* 2015, (268) 275).

⁵⁷ Wetsvoorstel boek 6, 123; Zie H. BOCKEN, B. DUBUISSON, G. JOCQUÉ, G. SCHAMPS, T. VANSWEEVELT, J. DELVOIE en B. ZAMMITTO, *De hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht. Le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité*, Brugge, die Keure, 2019, 116–117 en 119; Zie G. JOCQUÉ, “Schade en gevolgen van aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, (379) 382; Op pagina 120 is evenwel te lezen dat het bestaan zelf van de schade in feite kan worden afgeleid “uit de vergelijking tussen twee situaties, een reële en een hypothetische”. Ook op pagina 136 kan men zo’n contradictie lezen. In de toelichting omtrent de zekerheid van schade, stelt de commissie dat zekerheid betekent dat “de rechter overtuigd moet zijn dat het slachtoffer zich in een betere situatie zou hebben bevonden indien de verweerder het tot aansprakelijkheid leidende feit niet had gepleegd”. Dat impliceert natuurlijk dat schade wel degelijk als een verschil gedefinieerd kan worden.

⁵⁸ A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965, 13–14; H. BOCKEN, I. BOONE, en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 46.

⁵⁹ Ook Fagnart vindt het gebruik van het begrip “toestand” in de vergelijking verwarrend, maar vanwege een andere reden: J.-L. FAGNART, “Définition des préjudices non économiques” in LA CONFÉRENCE LIBRE DU JEUNE BARREAU DE LIÈGE (ed.), *Préjudices extra-patrimoniaux: vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, (25) 32.

⁶⁰ Natuurlijk is het dan wel niet correct om het woord “negatief” aan dat verschil toe te voegen. Een verandering is immers op zichzelf beschouwd altijd neutraal (het Franse begrip “dommage” wordt daarentegen niet altijd neutraal beschouwd: “Le dommage consiste donc en la dégradation d’une situation antérieure, d’un état de chose préexistant, perceptible par tous.” (M. POUPARD, “La distinction entre le dommage et le préjudice”, *Revue juridique de l’Ouest* 2005, 190.)). Dat een verschil in toestanden eigenlijk de verandering aangeeft en niet de schade, blijkt duidelijk uit L. CORNELIS en I. VUILLARD, “Le dommage” in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2000, Dossier 10, (3) 8-9 (hoewel die auteurs niet de bedoeling hadden dat aan te tonen). Men leest er ook hoe het woord ‘negatief’ gebruikt wordt om de sprong te maken van de verandering naar de schade.

bevonden indien dat feit niet had plaatsgehad.⁶¹ Men vergelijkt een vroegere en een latere positie om de verandering in kaart te brengen.⁶²

Om verwarring te vermijden kan de schade dan ook beter omschreven worden als een voordeelsvergelijking. Om schade vast te stellen dient een vergelijking plaats te vinden tussen de huidige voordeelspositie van de benadeelde en zijn hypothetische voordeelspositie.⁶³ Als er zo'n (negatief) verschil is, is het bestaan van schade vastgesteld. Er werd dan namelijk minstens één voordeel (gedeeltelijk) verloren of een belang aangetast. Het is dus niet zo dat een vergelijking enkel relevant is om de omvang van schade te bepalen,⁶⁴ of alleen bij materiële schade.⁶⁵ Het wetsvoorstel boek 6 komt tot deze conclusie omdat enkel het vermogen zou vergeleken worden.⁶⁶ Door klaarheid te verschaffen over wat er precies vergeleken wordt, heeft een vergelijking wel degelijk relevantie bij het bepalen van het bestaan van (materiële én morele) schade.⁶⁷ Om te bepalen of iemand pijn lijdt (morele schade) moet bijvoorbeeld worden nagegaan hoeveel pijn die persoon nu lijdt (huidige voordeelspositie) en hoeveel pijn die zou hebben geleden (hypothetische voordeelspositie). Het wordt nu ook duidelijk dat schade definiëren als het verlies van een voordeel, of als een verschil in voordeelspositie, eigenlijk op hetzelfde neerkomt.⁶⁸

17. Het is ook niet helemaal zuiver om te spreken van een vergelijking tussen de huidige voordeelspositie van de benadeelde en de hypothetische voordeelspositie waarin die zich zou hebben bevonden indien het *aansprakelijkheid generend feit* niet had plaatsgehad. Juister is het om te spreken van de vergelijking met de hypothetische voordeelspositie waarin de benadeelde zich zou hebben bevonden indien *de verandering* niet had plaatsgehad. Zoals BLOEMBERGEN terecht aangeeft impliceert het schadebegrip immers een causaal verband met datgene wat het veroorzaakt heeft.⁶⁹ Ook andere auteurs onderlijnen het causaal karakter van

⁶¹ Een verandering is natuurlijk niet noodzakelijk het gevolg van een aansprakelijkheid generend feit. Als men een verandering wil vaststellen die niet in causaal verband moet staan tot zo'n feit vergelijkt men een toestand op tijdstip x met een toestand op tijdstip x+y.

⁶² In het wetsvoorstel boek 6 (pagina 123) wordt de definiëring van schade als een verschil onderuitgehaald met het voorbeeld van het verlies van een vogel. Het verlies van een vogel is volgens het hier uiteengezette begrippenkader een verandering en geen schade.

⁶³ M. KRUIHOF, *Tort Law in Belgium*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2018, 42, nr. 56.

⁶⁴ *Contra* I. DURANT, "Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (53) 58; *Contra* P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations in De Page. Traité de droit civil Belge*, II, *Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1543; *Contra* H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 46; *Contra* P. COLSON, "La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime?" in *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (7) 56–58; *Contra* B. DUBUISSON, "Quelques réflexions sur la notion de dommage. Plaidoyer pour un retour aux sources" in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (315) 331–332; *Contra* H. BOCKEN, B. DUBUISSON, G. JOUQUÉ, G. SCHAMPS, T. VANSWEEVELT, J. DELVOIE en B. ZAMMITTO, *De hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht. Le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité*, Brugge, die Keure, 2019, 116–117; *Contra* B. FOSSÉPREZ en P. COLSON, "Le dommage et sa réparation" in F. GEORGE en R. JAFFERALI (eds.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Anthemis, Limal, 2022, (217) 231.

⁶⁵ *Contra* A. VAN OEVELEN, "Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen" in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (421) 431.

⁶⁶ Wetsvoorstel boek 6, 123; Schade uitdrukken als een verschil zou dus enkel de vergelijking betreffen van voordeelsposities die in geld uit te drukken zijn.

⁶⁷ Vgl. M. KRUIHOF, "Schade, schadeloosstelling en reparatiekosten: een doctrinale analyse van de vetusiteitsaftrek op basis van een scherpgesteld begrippenkader" in *Recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. ICAV IV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, (11) 18; Vgl. M. KRUIHOF, "Is een vordering tot schadeloosstelling voor de krenking van een onrechtmatig belang ontoelaatbaar of ongegrond?", *RW* 2022-23, (1563) 1567; Zie ook G. GENICOT, "Comparaison sans raison n'est pas solution" (noot onder Cass. 14 november 2014), *JLMB* 2015, (269) 274; Zie ook Y. LELEU, "Refuser de comparer pour exonérer" (noot onder Cass. 14 november 2014), *JLMB* 2015, (278) 280.

⁶⁸ *Contra* L. CORNELIS en I. VUILLARD, "Le dommage" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2000, Dossier 10, (3) 4 en 6;

⁶⁹ A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965, 14.

het schadebegrip.⁷⁰ Door te spreken over het aansprakelijkheid generend feit in de definitie van schade, wordt een causaal verband verondersteld met dat feit.⁷¹ Schade is echter niet steeds het gevolg van een aansprakelijkheid generend feit,⁷² maar wel, zoals eerder al werd aangegeven, van een verandering. Om aansprakelijkheid vast te stellen is natuurlijk ook een causaal verband vereist tussen het aansprakelijkheid generend feit en de verandering, maar die vereiste heeft geen plaats in het schadebegrip zelf. De causale link die is vervat in het schadebegrip komt niet overeen met de algemene causaliteitsvereiste om aansprakelijkheid vast te stellen. Die laatste wordt immers vastgesteld tussen de verandering en het aansprakelijkheid generend feit en de eerste tussen de verandering en de schade.⁷³ Als iemand zijn been breekt en daardoor (i.e. de causale link vervat in het schadebegrip) schade lijdt, leidt dit slechts tot aansprakelijkheid als die breuk in causaal verband staat (algemeen causaliteitsvereiste) met bijvoorbeeld de fout (aansprakelijkheid generend feit) van een derde.

Uit de definitie van schade als een verschil in voordeelsposities volgt dat schade in beginsel *in concreto* wordt vastgesteld, toegespitst op de specifieke voordeelposities van de benadeelde.⁷⁴

18. Het verlies van een voordeel betekent dus het kleiner zijn van een bepaald voordeel of het minder zijn van het aantal voordelen ten aanzien van respectievelijk de hoegrootheid van dat bepaalde voordeel of het totaal aantal voordelen indien de verandering niet had plaatsgevonden. Het verlies van een voordeel betekent in principe niet dat het voordeel kleiner is dan vóór de verandering (al zal het daar wel vaak op neerkomen en wordt daar dan ook in de praktijk vanuit gegaan). Schade is immers niet het verschil tussen een vroegere en een latere positie, maar tussen een latere en een hypothetische positie.⁷⁵ Een verloren voordeel strekt zich uit in de tijd. Daardoor komt niet enkel het verlies van een voordeel ten opzichte van een op een bepaald ogenblik vastgestelde referentieniveau (i.e. het voordeel waarover de persoon zou hebben beschikt als de verandering zich niet had voorgedaan) als schade in aanmerking (*damnum emergens* of wiskundig verlies), maar wordt ook rekening gehouden met de mogelijke toekomstige stijgingen van dat referentieniveau (*lucrum cessans* of gederfde winst).⁷⁶

⁷⁰ J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling* in *APR*, Gent, Story Scientia, 1988, 27; P.A. FORIERS, "Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation)" in J.-F. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Brussel, Bruylant, 2014, (7) 8.

⁷¹ X. TATON, "Quelle méthode pour l'évaluation concrète du dommage économique? L'exemple des infractions au droit de la concurrence", *TBH* 2013, (1050) 1051; R. JAFFERALI, "La frontière linguistique est-elle soluble dans le droit de la responsabilité? Trois questions qui ont divisé les chambres de la Cour de cassation" in I. SAMOY en C. VAN SCHOUWBROECK (eds.), *Trends en evoluties in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. ICAV III*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (245) 255; Zie L. CORNELIS, "Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband" in B. TILLEMANN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, in *Recht en Onderneming*, Brugge, die keure, 2004, (249) 250–254.

⁷² Cass. 21 februari 2019, nr. C.18.0188.F: "L'existence du lien de causalité ne se déduit pas de l'existence de la faute."

⁷³ *Contra* A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965, 14–15.

⁷⁴ Zie E. DIRIX, "Abstracte en concrete schade", *RW* 2000-01, (1329) 1329; Zie L. CORNELIS, "Werkelijkheids- en zekerheidsgehalte van schade en schadeherstel" in M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *De indicatieve tabel. Een praktisch werkinstrument voor de evaluatie van menselijke schade*, Gent, Larcier, 2001, (21) 27; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *De Page. Traité de droit civil Belge*, II, *Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1543.

⁷⁵ Zie J. VIAENE, *Schade aan de mens*, III, *Evaluatie van de gezondheidsschade*, Antwerpen, Kluwer, 1976, 267–271.

⁷⁶ J. VIAENE, D. LAHAYE, J. VAN STEENBERGE, "Een laatste bijdrage tot de synthese van de schadeleer? Aanloop tot het opstellen van een glossarium" in D. PIETERS, D. SIMOENS, B. VAN BUGGENHOUT en J. VAN LANGENDONCK (eds.) *Liber Amicorum Roger Dillemans*, Antwerpen, Kluwer, 1997, (465) 473; P. BRUN, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2018, 121: "En première approche, le terme préjudice désigne toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial subie par une personne, et pouvant consister en une perte ou en un gain manqué."

3. Opheldering van de vastgestelde onduidelijkheden.

19. Aan de hand van deze eigen scherpstelling van het tweedelige schadebegrip kunnen een aantal onduidelijkheden in de toelichting van artikel 6.25 opgehelderd worden. De “aantasting van een belang”, het construct dat ten grondslag ligt van de schade moet dan als verandering begrepen worden. De eigenlijke schade, “de weerslag”, moet als het verlies van een voordeel begrepen worden. Net als een verandering kan “de aantasting van belang” voorkomen zonder dat er sprake is van schade.⁷⁷

Door “de aantasting van belang” te interpreteren als een verandering, ligt het voor de hand dat de aantasting van de fysieke integriteit en de aantasting van een goed “aantastingen van belangen” vormen. Het zijn immers wijzigingen in toestand in de wereld. Een lichaam of goed verandert van toestand A naar toestand B. Het begrip “verandering” maakt de voorbeelden van het niet nader toegelichte concept “aangetast belang” in het wetsvoorstel boek 6 tastbaar. Het blijft evenwel onmogelijk te verklaren dat de inbreuk op een recht een construct kan zijn dat ten grondslag ligt van schade.⁷⁸

20. Het wetsvoorstel boek 6 geeft aan dat om aansprakelijkheid vast te stellen, twee verschillende soorten causaal verband moeten vaststaan. Er moet een causaal verband bestaan tussen het aansprakelijkheid generend feit en “de aantasting van een belang” en tussen dat aangetaste belang en de eigenlijke schade (de “weerslag”).⁷⁹ In het wetsvoorstel boek 6 wordt het voorbeeld gegeven van een aanrijding. Er moet niet alleen een causaal verband bestaan tussen de fout van de bestuurder en het aangetaste belang (bijvoorbeeld lichamenletsel), maar ook tussen het aangetaste belang en de schade (bijvoorbeeld pijn of inkomensverlies). Uit de bespreking van de verhouding tussen verandering en schade hierboven volgt evenzeer het bestaan van een dubbel causaal verband.⁸⁰

21. De vage tweedeling van de rechtmatigheidstoets in het wetsvoorstel boek 6 kan dan weer niet opgehelderd worden door het schadebegrip in te vullen aan de hand van de begrippen verandering en eigenlijke schade. Aangezien het onderscheid tussen verandering en schade consistenter is dan het onderscheid tussen “aantasting van een belang” en “weerslag”, vormt dat een extra argument om de dubbele rechtmatigheidstoets naar de prullenmand te verwijzen.

Stel dat een bakkersleerling die arbeidsongeschikt is als gevolg van een ongeval een vergoeding vordert voor het verlies van zijn inkomsten die resulteerden uit zwartwerk. Volgens de opstellers van het wetsvoorstel boek 6 is het belang dat ten grondslag ligt van schade van deze leerling, i.e. de fysieke integriteit, juridisch beschermd. De schade die uit de aantasting van dit belang voortvloeit, i.e. de verloren inkomsten,⁸¹ is dat echter niet. De verloren inkomsten vloeien immers voort uit zwartwerk. Dat maakt dat het verloren voordeel zijn oorsprong vindt in een onrechtmatige activiteit.⁸² Volgens het onderscheid tussen verandering en schade dat hierboven uiteen werd gezet, is het verloren voordeel, en dus de

⁷⁷ Wetsvoorstel boek 6, 120.

⁷⁸ *Supra*, randnummer 8.

⁷⁹ Wetsvoorstel boek 6, 125 en 88.

⁸⁰ *Supra*, randnummer 16.

⁸¹ *Supra*, voetnoot 34.

⁸² Wetsvoorstel boek 6, 130.

schade, de verloren inkomsten. Die schade is onrechtmatig omdat ze voortvloeit uit een situatie die strijdig is met het recht. De verandering die aan deze schade ten grondslag ligt, namelijk de aantasting van de fysieke integriteit, is irrelevant om het rechtmatig karakter van de schade te beoordelen. Een verandering is een wijziging in toestand van een bepaald onderwerp en dat zegt niets over het rechtmatig karakter van schade. Een verandering is niet: juridisch beschermd of niet juridisch beschermd. Een dief die de waarde van zijn gestolen goed hersteld wil zien, lijdt dus onrechtmatige schade omdat dat verloren voordeel voortkomt uit een situatie strijdig met het recht. De verandering die aan deze schade ten grondslag ligt, is de beschadiging van de zaak. Die verandering zelf heeft geen impact op het rechtmatig karakter van de schade. Het voordeel van de waarde van het goed is echter geen herstelbare schade, omdat dat voordeel voortvloeit uit een situatie strijdig met het recht.

Deel IV: Conclusie

22. Het wetsvoorstel boek 6 spreekt zichzelf tegen door met zijn schadebegrip niet te willen afwijken van het huidige recht, maar in artikel 6.25 toch in een nieuwe definitie van schade te voorzien. Schade is niet langer de aantasting van een belang, maar de wéérslag van de aantasting van een belang. In artikel 6.25, §1 ontwikkelt de Commissie een onderscheid tussen het construct dat ten grondslag ligt van schade “de aantasting van een belang”, en de eigenlijke schade die daardoor ontstaat “de weerslag”. Het blijkt niet helemaal duidelijk wat het wetsvoorstel boek 6 precies onder beide concepten begrijpt.

Het onderscheid dat het wetsvoorstel boek 6 hanteert tussen de grondslag van schade en de eigenlijke schade kan wel op een duidelijke manier worden gemaakt door ze in te vullen als respectievelijk een verandering en het verlies van een voordeel. Dit onderscheid respecteert de consensusdefinitie van schade vandaag.

23. In artikel 6.25, §2 voert het wetsvoorstel boek 6 een dubbele rechtmatigheidstoets van schade in. Ingevolge artikel 6.25, §1 moet het construct dat ten grondslag van de eigenlijke schade immers juridisch beschermd zijn en overeenkomstig artikel 6.25, §2 mag de eigenlijke schade bovendien niet ontstaan zijn uit een onrechtmatige gebeurtenis of activiteit die aan de benadeelde kan worden aangerekend. Het is onduidelijk hoe deze tweedelige rechtmatigheidstoets precies moet worden begrepen, maar ze lijkt in elk geval wel een aanpassing van het huidige recht.⁸³

24. Als de wetgever geen rechtsonzekerheid wil scheppen, kan hij zich beter beperken tot de codificatie van de algemeen aanvaarde definitie van schade. Schade is de aantasting van een belang, waarbij het begrip “belang” als een voordeel begrepen mag worden. Een aanpassing van het wetsvoorstel boek 6 in die zin werd eerder al bepleit.⁸⁴ Bovendien staat een codificatie van deze definitie het gebruik van het theoretisch onderscheid tussen de grondslag van schade en de eigenlijke schade niet in de weg.

⁸³ Q. ALALUF, T. COPPEE, J. FAGNART, A. KAPITA, I. LUTTE en M. VANDERWECKENE, “Analyse de l’article 5.171, §1. Dommage et intérêt juridiquement protégé” in I. LUTTE (ed.), *Réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2020, (87) 99.

⁸⁴ *Ibid.*

Daarnaast kan de wetgever gerust de vereiste van rechtmatigheid van schade in het schadebegrip zelf binnenbrengen door niet te spreken over schade als de aantasting van een belang, maar over schade als de aantasting van een juridisch beschermd belang.⁸⁵

⁸⁵ Dat gebeurt bijvoorbeeld in H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 46.