



Universiteit
Antwerpen

ISABELLE VRANCKEN
20080036

Academiejaar 2012-2013
Module: burgerlijk recht

PUNITIVE DAMAGES

Noodzaak, inpasbaarheid en verzekeraarheid naar
Belgisch recht

Meesterproef tot het behalen van de titel "Master in de Rechten"

Promotor: professor dr. B. WEYTS

Assessor: professor dr. T. VANSWEEVELT

Woord vooraf

Een thesis is het sluitstuk van een vijfjarige opleiding. Het is dan ook de bedoeling dat dit onderzoek de kers op de taart is en getuigt van kennis van en inzicht in het recht – de vijf jaar moeten hun vruchten hebben afgeworpen. Het was dan ook mijn bedoeling dat mijn thesis aan deze vereisten voldeed.

‘*Punitive damages*’ zijn naar Belgisch recht een ongekend en – nog steeds – onbemind begrip. Mij inwerken in dit begrip om de mogelijke problemen te kunnen detecteren en oplossingen te kunnen aanreiken, kostte dus zeker enige moeite en tijd. Ik bedank dan ook graag iedereen die mij deze tijd gegund heeft, geholpen heeft met, en gesteund heeft in dit onderzoek en (onrechtstreeks) mede dit resultaat tot stand heeft gebracht.

Bij deze bedank ik graag professor dr. B. WEYTS, mijn promotor, ook in het kader van mijn aspirant-assistentenschap, om enkele knipperlichten te ontsteken tijdens mijn onderzoek. Van bij aanvang signaleerde zij belangrijke knelpunten en trachtte me op efficiënte wijze te laten werken. Ook wil ik professor dr. T. VANSWEEVELT, assessor en interim-promotor, bedanken voor de verduidelijking bij de bespreking van mijn eerste hoofdstuk alsook voor het duiden van aandachtspunten voor verder onderzoek.

Mijn mama wens ik te bedanken voor het nalezen en het verbeteren van mijn thesis op taalkundig vlak, voor de steun en om mijn klankbord te zijn. Mijn papa en mijn vriend verdienen eveneens een ‘eervolle vermelding’ voor de onvoorwaardelijke steun tijdens het schrijven van mijn thesis. Deze drie belangrijke personen in mijn leven zorgden er bovendien voor dat ik deze vijf jaar heb kunnen volbrengen op een wijze die voldoening scheidt, door er altijd voor me te zijn en me steeds bij te staan met raad en daad.

Bedankt!

ISABELLE VRANCKEN, aspirant-assistent UA

7 april 2013

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1. INLEIDING	1
HOOFDSTUK 2. VERKENNING VAN HET BEGRIP EN SCHETS VAN DE PROBLEMATIEK	2
Afdeling 1. Concept	2
§1. Begripsomschrijving.....	2
§2. Doelstellingen.....	3
Afdeling 2. Knelpunten in België: noodzaak aan <i>punitive damages</i> ?.....	5
§1. Falen van publiekrechtelijke rechtshandhaving – algemeen	6
§2. Falen van publiekrechtelijke rechtshandhaving – specifiek: voedingsbodem voor lucratieve fouten?.....	8
i) Milieuhandhaving	8
ii) Drukpersmisdrijven.....	9
§3. Lucratieve fouten bij de schending van persoonlijkheidsrechten: portretrecht, naamrecht en persoonlijke levenssfeer	11
§4. Lucratieve fouten in het commerciële domein	14
§5. ‘Drempelvrees’	17
§6. Functies van buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.....	18
i) (Schade)vergoedende functie	18
ii) Schadespreidende functie.....	19
iii) Preventieve functie	19
iv) Bestraffende en ontradende functie	21
v) Reglementerende, normatieve, normerende functie en handhaving	23
vi) Emotionele functie.....	24
vii) Toetsing aan de lucratieve fout: kan het aansprakelijkheidsrecht zijn functies vervullen?	25
viii) Besluit.....	27
§7. Besluit.....	29
HOOFDSTUK 3. HERKOMST: ANGELSAKSISCH RECHT	29

Afdeling 1. Engeland.....	29
Afdeling 2. Verenigde Staten van Amerika	32
HOOFDSTUK 4. OOK IN BELGIË?	35
Afdeling 1. Bezwaren tegen de invoering van <i>punitive damages</i> en weerlegging	35
§1. Onderscheid strafrecht en privaatrecht: geen private straf	35
§2. De regel van de integrale schadevergoeding en het objectief herstel	39
§3. Ongrondwettigheid van punitive damages als private straffen - strijdig met verdragen	42
i) Schending legaliteitsbeginsel.....	43
ii) ‘Non bis in idem’-beginsel.....	44
iii) Waarborgen van artikelen 6 EVRM en 14 BUPO, anders dan legaliteit en ‘non bis in idem’	47
iv) Artikelen 10-11 Gw.....	49
v) EVRM- en EHRM-visie op punitive damages?.....	51
§4. Ongerechtvaardigd voordeel voor het slachtoffer (‘windfall’).....	52
§5. Private handhavers?.....	54
§6. ‘Amerikaanse toestanden’?	55
§7. Besluit.....	57
Afdeling 2. Voorwaarden van inpasbaarheid	57
§1. Wijze van inpassen	57
§2. Toepassingsgevallen.....	58
i) Theoretische overwegingen	58
ii) Lucratieve fout	59
iii) Bedrieglijke fout	61
iv) Besluit.....	62
§3. Omvang punitive damages	62
i) Kort rechtseconomisch bekeken.....	62
ii) Ontwikkeling van een ratio met vooropgestelde factoren	63
§4. Fonds	66

§5. Procesrechtelijke aspecten.....	67
§6. Artikel 1383bis BW?.....	68
Afdeling 3. Verzekeraarbaarheid?.....	69
§1. Contra verzekeraarbaarheid.....	70
§2. Pro verzekeraarbaarheid en weerlegging.....	74
§3. Besluit.....	75
Afdeling 4. Tot slot: een korte blik op de buurlanden.....	76
§ 1. Frankrijk.....	76
§ 2. Duitsland.....	81
§ 3. Besluit.....	86
HOOFDSTUK 5. BESLUIT.....	87
BIJLAGE 1: BIBLIOGRAFIE.....	92
A. GEDRUKTE BRONNEN.....	92
B. ONLINE-VERWIJZINGEN.....	105
C. VOLLEDIGE LINKS, VOLGENS BOVENSTAANDE VOLGORDE.....	106
BIJLAGE 2: ARTIKEL 1383BIS BW.....	107
BIJLAGE 3: SAMENVATTING.....	108

HOOFDSTUK 1. INLEIDING

1. *Punitive damages* zijn naar Belgisch recht onbekend en onbemind. Zij laten toe dat, bij een onrechtmatige daad, de schadeverwekker een vergoeding moet betalen die het bedrag van de daadwerkelijke schade overstijgt. Op deze manier, via het opleggen van deze privaatrechtelijke straf of boete, wordt naast vergoeding ook o.a. preventie en afschrikking beoogd. Het concept en de doelstellingen hiervan worden uitvoerig besproken (hoofdstuk 2, afdeling 1).

2. Vervolgens wordt de noodzaak aan *punitive damages* gekaderd in het Belgische recht (hoofdstuk 2, afdeling 2). Dit onderzoek kan immers slechts enig nut hebben wanneer het recht niet schijnt te werken zoals het zou behoren te werken. Vanuit het falen van de publiekrechtelijke rechtshandhaving, de problematiek van de lucratieve en de bedrieglijke fout, de sterke drempels van justitie alsook de functies van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht kom ik tot de conclusie dat verder onderzoek naar *punitive damages* gerechtvaardigd is.

3. De eventuele invoering van *punitive damages* naar Belgisch recht wordt onderzocht (hoofdstuk 4, afdelingen 1-3). In België is de invoering hiervan nochtans omstreden om meerdere redenen. Twee grote argumenten springen in het oog. Enerzijds moet schadevergoeding de schade *vergoeden* en niet meer dan deze concrete objectieve schade. Anderzijds is het recht om te straffen een prerogatief van de overheid en komt het niet toe aan particulieren. Dat de overheid hier grovelijk in gebreke blijft en straffeloosheid naar maatschappelijk aanvoelen in ernstige mate zegeviert, schijnen critici uit het oog te verliezen. Het concept van de private straf wordt echter nog steeds geheel geschuwd. Desalniettemin vinden we reeds tal van *verdoken* toepassingen van dit concept in de Belgische regelgeving terug. Het standpunt van de ‘ongenuanceerde afwijzing’ lijkt dus vooral een kreet van ondoordachte tegenstanders. Deze en andere argumenten tegen de invoering van *punitive damages* worden dan ook op kritische wijze getoetst op hun houdbaarheid. De grondwettigheid als onderdeel van de bezwaren, de voorwaarden van inpasbaarheid en de verzekeraarbaarheid worden vervolgens onder de loep genomen.

4. Om tot deze studie te komen, moet er echter vooreerst noodgedwongen over de grenzen heen worden gekeken, zodat dit onderzoek in grote mate een rechtsvergelijkend element bevat. Voor een goed begrip van deze *punitive damages* is het immers belangrijk naar de oorsprong terug te keren, nl. het Angelsaksische recht (hoofdstuk 3). Doordat dit rechtssysteem op grondige wijze verschilt van het Belgische, kan de toepassing van een concept als dit niet louter een werk van ‘*copy-paste*’ zijn. De verschillende rechtssystemen beperken dus het onderzoek en stellen grenzen. Basisconcepten worden immers zeer verschillend ingevuld en ook procesrechtelijk zijn er fundamentele verschillen tussen het Angelsaksische en het Continentaal-Europese recht. Dit bemoeilijkt een eventuele invoering, doch maakt deze niet onmogelijk.

Ook wordt gekeken naar de visie van Nederlandse rechtsgeleerden, aangezien het debat omtrent de invoering van *punitive damages* reeds langere tijd aan de gang is bij onze noorderburen. Doordat hun rechtssysteem in grote mate gelijk is aan het onze, kan de argumentatie van de Nederlanders in het debat worden betrokken. Waar nodig, wordt meer toelichting gegeven over het Nederlandse recht.

Tot slot wordt een blik geworpen op Frankrijk en Duitsland, als voorname landen in de Continentaal-Europese rechtstraditie (hoofdstuk 4, afdeling 4). Niet alleen zijn er dan twee landen uit het Angelsaksische recht onder de loep genomen, maar ook vier landen van het Continentaal-Europese recht. Op die manier kan een evenwichtige afweging worden gemaakt, die kan helpen tot het opstellen van juridisch stevig onderbouwde voorwaarden van inpasbaarheid.

5. Ik beperk mijn onderzoek echter wel tot de toepassing van *punitive damages* in de buitencontractuele sfeer en laat de contractuele sfeer buiten beschouwing. Hiervoor kan de lezer in de toekomst terecht bij de doctoraatsstudie van mevrouw E. NORDIN, o.l.v. prof. dr. A. VAN OEVELEN aan de Universiteit van Antwerpen.¹ Voor het overige wordt volledigheid nagestreefd, ook wat betreft de bronvermelding.

HOOFDSTUK 2. VERKENNING VAN HET BEGRIP EN SCHETS VAN DE PROBLEMATIEK

Afdeling 1. Concept

§1. Begripsomschrijving

6. *Punitive damages* vinden hun oorsprong in het Engels recht en werden later dankbaar overgenomen in het Amerikaanse rechtstelsel (cf. *infra* – Hoofdstuk 3). Zij zijn naar Belgisch recht echter tot op heden ongekend. Daarom verdient het concept, alvorens het daadwerkelijke onderzoek aan te vatten, enige verduidelijking.

7. *Punitive damages* zijn vergoedingen die opgelegd kunnen worden door de rechter bij een schadeverwekkende handeling, of korter gezegd: een onrechtmatige daad of buitencontractuele fout. Bij de beoordeling van deze ‘schade’-vergoeding wordt de zwaarte van de fout in rekening gebracht.² Het is dus een rechtsfiguur waarbij de schadeverwekker centraal staat.³ Toch is het beter te spreken van een *oneigenlijke* schadevergoeding – en daarin verschilt het van de Belgische schadevergoeding –, aangezien niet enkel de schade wordt vergoed. Het bedrag dat wordt opgelegd, overstijgt immers de eigenlijke schade waardoor de ‘*damage*’ een punitief element krijgt. Bovenop de integrale schadevergoeding wordt dus nog een extra vergoeding opgelegd.⁴ De rechter kan zo in privaatrechtelijke verhoudingen een *straf* of *boete* opleggen, waarvan het bedrag toekomt aan het slachtoffer en niet aan de staat. Deze private straffen worden uiteraard niet onbegrensd opgelegd in de Angelsaksische landen: ook daar is de toekenning ervan aan grenzen onderworpen. Deze zullen later worden besproken (cf. *infra* – Hoofdstuk 3).

¹ Ter informatie: een begin van aandacht aan deze thematiek kan reeds gevonden worden in volgende bijdragen: R. HARDY, “Punitive Damages for Certain Categories of Breaches of Contract?” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (357) 357-380 en L. VISSCHER, “The Law and Economics of Punitive Damages” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (471) 485-489. Dit handboek wordt voor het overige verkort als *The Power*.

² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10 en verwijzingen aldaar. (hierna verkort: *Handboek*).

³ B. WEYTS, “Punitieve elementen in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in J. ROZIE, A. VAN OEVELEN en S. RUTTEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (173) 201 (hierna verkort: *Toetsing van sancties*).

⁴ B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1651.

8. De kern van het begrip bestaat m.a.w. uit het opleggen, binnen bepaalde grenzen, van een vergoeding die méér omvat dan een loutere vergoeding van de schade, en dit ten gunste van het slachtoffer.⁵

§2. Doelstellingen

9. De vraag rijst waarom zulke private straffen worden opgelegd. De nagestreefde doelstellingen zijn meerzijdig⁶ en bieden daarom een – min of meer – omvattend antwoord op deze vraag.

10. De eerste doelstelling is dezelfde als die van de algemene schadevergoeding, nl. vergoeding of compensatie. Deze doelstelling is echter niet onomstreden.⁷ Het slachtoffer moet een bedrag toegekend krijgen dat de geleden schade kan vergoeden. Een *punitive damage* overschrijdt echter dit bedrag door een extra vergoeding toe te kennen en verschilt daarin van de schadevergoeding zoals gekend naar Belgisch recht. Dit extra bedrag kan volgens bepaalde rechtsleer als vergoeding worden gekwalificeerd, wanneer de initieel compensatoir toegekende vergoeding niet adequaat is om het leed te dekken.⁸

11. De volgende doelstelling is deze van bestraffing.⁹ Schadeverwekkend gedrag dat ongehoord is en de maatschappij kan schaden, moet worden bestraft op een wijze die de schadeverwekker tot inzicht kan brengen en hem persoonlijk raakt. Het opleggen van een omvangrijke schadevergoeding kan hierbij helpen. Geld ligt immers ieder nauw aan het hart. Een veroordeling tot het betalen van een flinke geldsom wordt daarenboven ervaren als een persoonlijke aantasting. De vergoeding aan een individu wordt op deze manier aanzien als een zaak van zowel individueel als sociaal belang.¹⁰ De hiermee samenhangende doelstelling van wraak¹¹, waardoor de schadelijders zouden weerhouden worden het recht in eigen handen te nemen en enkel *punitive*

⁵ Zij verschillen van ‘*aggravated damages*’ naar Engels recht, die een zuiver *schadevergoedend karakter* hebben, waarbij uitzonderlijk gedrag of motief vereist van de schadeverwekker, met een mentale stoornis van de schadelijder tot gevolg. Er is geen eenheid in de toepassing in het Amerikaanse recht. Deze blijven verder buiten beschouwing, doch voor een overzicht: A.J. SEBOK en V. WILCOX, “Aggravated Damages” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, (257) 257-274 (hierna verkort: *Punitive Damages*).

⁶ Zie over het algemeen: L. MEURKENS, “The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought” in *The Power*, (3) 5-7. A. VERHEIJ, “Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen”, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 72-73 somt volgende doelstellingen op: bestraffing, afschrikking, schadevergoeding en rechtshandhaving. Over de functies van *punitive damages* in Amerika valt de redetwisten, gelet op de verschillende invulling in de verschillende staten: H. KOZIOL, “Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions” in *Punitive Damages*, (275) 276-280. In wat volgt, wordt een gemeenschappelijke deler weergegeven van alle potentiële functies.

⁷ D.G. OWEN, “Punitive Damages as Restitution” in *The Power*, (119) 120-123. Dit is vooral de achterliggende gedachte in Engeland: D.L. WALTHER en T.A. PLEIN, “Punitive Damages: a critical analysis: *Kink v. Combs*”, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, (369) 371; J. SCHMIT, S. PRITCHET en P. FIELDS, “Punitive Damages: Punishment or Further Compensation?”, *The Journal of Risk and Insurance* 1988, (453) 456-457; J. HERBOTS, “De punitieve vergoeding in het Engelse en Amerikaanse recht van de onrechtmatige daad en van de contracten” in K. BERNAUW (ed.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (141) 143 (hierna verkort: *Liber Amicorum Yvette Merchiers*) en A.J. SEBOK, “Punitive Damages in the United States” in *Punitive Damages*, (155) 174-178. Zie toch ook in Amerika: A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 171-173. Hierop is echter kritiek gekomen: A. VERHEIJ, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 71 en L.T. VISSCHER, “Economic Analysis of Punitive Damages” in *Punitive Damages*, (219) 220-221, met verwijzing naar *Exxon Valdez*: er zou geen vergoedende doelstelling zijn.

⁸ E. DE KEZEL, “The Protection and Enforcement of Private Interest by (the Recognition of U.S.) Punitive Damages in Belgium: Limits and Opportunities” in *The Power*, (213) 235.

⁹ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, “Punitive Damages: an Economic Analysis”, *Harvard Law Review* 1998, (869) 948-954 en A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, “Punitive Damages” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, (764) 765-767 (hierna verkort: *Encyclopedia of Law and Economics*). Deze visie kwam op in Amerika: D.L. WALTHER en T.A. PLEIN, *l.c.*, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, (369) 371-373 en 382 en J. SCHMIT, S. PRITCHET en P. FIELDS, *l.c.*, *The Journal of Risk and Insurance* 1988, (453) 456. Later werd deze wel secundair overgenomen in Engeland: J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 143. Soms wordt wel gezegd dat deze doelstelling geen afzonderlijke doelstelling is, maar de doelstelling van preventie dient: L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 231 en L. VISSCHER, “The Law and Economics of Punitive Damages” in *The Power*, (471) 481-482.

¹⁰ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 6.

¹¹ E. NORDIN en D. WUYTS, “The Insurability of Punitive Damages Under Belgian Law” in *The Power*, (415) 417.

damages zouden vorderen, is vandaag de dag op zichzelf niet meer te onderschrijven.¹² De klemtoon wordt dus gelegd op de bestraffing van de schadeverwekker, niet op de wraak van de schadelijder¹³.

12. Daarnaast wordt ook preventie als primaire doelstelling nagestreefd.¹⁴ Door het besef dat wangedrag in het algemeen een enorme financiële aderlating teweeg kan brengen, zullen potentiële schadeverwekkers zich mogelijk onthouden van hun geplande onrechtmatige daad. Een eigenlijke schadevergoeding ontbeert deze preventieve functie omdat de schade vaak slechts geraamd wordt op een laag bedrag en de schadeverwekkers niet tot andere inzichten kan brengen. Ook wordt, bij gebrek aan dergelijke hogere vergoedingen, te weinig een burgerlijke vordering ingesteld. Deze *punitive damages* kunnen dus helpen om vorderingen in te stellen en rechtshandhaving tot stand te brengen, in het licht van een verhoogde preventie.¹⁵ *Punitive damages* vervullen dus een knipperlichtfunctie en brengen de schadeverwekker tot inzicht, alvorens het wangedrag effectief werd gepleegd.

13. Deze doelstelling kan in verband gebracht worden met de doelstelling van afschrikking en ontrading.¹⁶ Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen algemene en bijzondere ‘*deterrence*’.¹⁷

De bijzondere ontrading zorgt er voor dat de schadeverwekker, nadat hij reeds veroordeeld werd tot het betalen van een *punitive damage*, in de toekomst alles zal doen om dergelijke straf niet opnieuw opgelegd te krijgen en zijn gedrag hierop zal afstemmen.

De algemene ontrading speelt niet ten aanzien van de schadeverwekker zelf, maar ten aanzien van andere potentiële schadeverwekkers. Afgeschrikt door een voorheen opgelegde geldelijke straf zullen zij zich beraden alvorens over te gaan tot gelijkaardig wangedrag. Hierbij past ook de alternatieve naam voor *punitive damages*, nl. ‘*exemplary damages*’, omdat de omvang van de opgelegde schadevergoeding bij dat specifiek geval van wangedrag een voorbeeld wil stellen ten aanzien van anderen. De algemene afschrikking of ontrading komt dus in de buurt van de voorheen beschreven doelstelling van preventie. Het verschil is dat preventie op *punitive damages* in het algemeen slaat en afschrikking op *punitive damages* die opgelegd werden in een gelijkaardige zaak.¹⁸

14. Daarnaast speelt ook het idee van afkeuring als functie. Immers, door het opleggen van zulke privaatrechtelijke straf wordt het gedrag door de maatschappij aan de kaak gesteld en veroordeeld. Het stigma van het strafrecht wordt zo ook in zeer verzwakte vorm binnengeloodst in het privaatrecht.

15. De functie van opvoeding van zowel schadeverwekker als maatschappij wordt hiermee in verband gebracht. Door de bestraffing leert de schadeverwekker de afkeuring van de maatschappij voor dergelijk

¹² J. SCHMIT, S. PRITCHET en P. FIELDS, *l.c.*, *The Journal of Risk and Insurance* 1988, (453) 455-456 en T.B. COLBY, “Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, the present, and future of punitive damages”, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 430-440.

¹³ Deze term kan worden gelijkgesteld met het slachtoffer van de onrechtmatige daad of de benadeelde. Voor een vlottere leesbaarheid gebruik ik deze termen door elkaar. Inhoudelijk is er dus géén verwarring mogelijk: ze dekken in deze context dezelfde lading.

¹⁴ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1651.

¹⁵ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 4-5. Zie echter kritisch: J.M. BARENDRECHT, “Rechtvaardigheid en het *welbevinden* van slachtoffers”, *NJB* 2003, afl. 23, (1175) 1181.

¹⁶ D.L. WALTHER en T.A. PLEIN, *l.c.*, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, (369) 383; A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 877-947; A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.* in *Encyclopedia of Law and Economics*, (764) 772-774; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1651; S. SHAVELL, “On the proper magnitude of punitive damages: *Mathias v. Accor Economy Lodging, inc.*”, *Harvard Law Review* 2007, (1223) 1227 en A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 178-180.

¹⁷ Algemeen: A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 178-180.

¹⁸ Dit dient voornamelijk het publiek belang. Toch heeft de eiser een belang hierbij, doordat deze eiser ook niet geraakt wil worden door andere overtreders: T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 464-466.

gedrag kennen. Ook de maatschappij leert echter het belang kennen dat het recht hecht aan de rechten die werden geschonden.¹⁹

16. Rechtshandhaving wordt daarenboven verstevigd doordat de remmen om een procedure in te stellen bij de schending van rechten verkleind worden. Op die manier kan rechtshandhaving versterkt worden, zij het dan met behulp van private actoren.

17. Tot slot is er ook de beloning van de schadelijder om een procedure aan te brengen waardoor de functie van rechtshandhaving in het algemeen versterkt wordt.²⁰ Dit is echter geen hoofddoelstelling van *punitive damages*, maar een noodzakelijk gevolg.

18. De tegenstanders van *punitive damages* stellen dat deze functies niet moeten binnengebracht worden in een privaatrechtelijk kader maar thuishoren in het strafrecht.²¹ Daar zijn deze doelstellingen algemeen ingeschreven en aanvaard. Nochtans leidt net het falen van deze publiekrechtelijke rechtshandhaving ertoe dat er een oplossing tegen straffeloosheid wordt gezocht in het privaatrecht (cf. *infra*, nrs. 22-34). Op deze manier kan wordt ook de functie van rechtshandhaving van *punitive damages* nogmaals beklemtoond: het is nuttig om ervoor te zorgen dat ‘*justice is seen to be done*’.²²

Afdeling 2. Knelpunten in België: noodzaak aan *punitive damages*?

19. Het Belgisch recht kent (nog) geen *punitive damages*. Nochtans is dit niet omdat in België qua rechtshandhaving alles rozengeur en maneschijn zou zijn. Integendeel, het debat rond *punitive damages* is recent op gang gekomen door o.a. het herhaaldelijk falen van de publiekrechtelijke rechtshandhaving en de straffeloosheid die, naar maatschappelijk aanvoelen, weelderig tiert. Een gevoel van onrechtvaardigheid steekt de kop op. Men zoekt dus enerzijds naar andere wegen tot rechtshandhaving, o.a. via het aansprakelijkheidsrecht.²³ Anderzijds wordt de versterking van de remedies in het aansprakelijkheidsrecht ingeroepen ter versteviging van de aansprakelijkheidsnormen. Er wordt dus vanuit een instrumentele functie naar het recht gekeken.²⁴

20. Vaak wordt inspiratie opgedaan bij Nederlandse rechtsgeleerden.²⁵ Bij onze noorderburen is het debat omtrent de invoering van *punitive damages* immers reeds langere tijd aangezwengeld.²⁶ Omdat hun

¹⁹ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 417.

²⁰ E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 235.

²¹ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 4-5.

²² J. MORGAN, “Reforming Punitive Damages in English Law” in *The Power*, (183) 192.

²³ J. KORTMANN en C. SIEBURGH, “Handhaving door Nederlands privaatrecht” in X., *Preadviezen 2009*, Den Haag, Boom Juridische Uitgever, 2009, (249) 249-252 (hierna verkort: *Preadviezen 2009*).

²⁴ J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 250 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 32, 33-36 en 41-47.

²⁵ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, “Privaatrecht en rechtshandhaving” in *Preadviezen 2009*, (303) 303.

²⁶ Reeds in 1998-1999 werd er gediscussieerd in het parlement over de mogelijke invoering van *punitive damages*, discussie die in 2002 werd voortgezet met een werkgroep ‘Claimcultuur’. Zie: M. FAURE en T. HARTLIEF, “Het kabinet en de claimcultuur”, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2007-2009; J.M. BARENDRECHT, “Aansprakelijkheid en welzijn”, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606 en T. HARTLIEF, “De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht” in T. HARTLIEF en S. KLOSSE (eds.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, (1) 31 (hierna verkort: *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*). Opvallend is wel dat hét basiswerk in zijn recentste versie de invoering van *punitive damages* radicaal afzweert: A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – Verbintenissenrecht. De verbintenissen uit de wet, IV*, Deventer, Kluwer, 2011, 9-10 (hierna verkort: *Mr. C. Assers Handleiding IV*). Het feit dat dit wordt opgenomen, duidt wel op debat. Tegenstanders kunnen ook gevonden worden in KORTMANN en VAN SCHAICK (R. VAN SCHAICK, “De calculerende pers. Smartengeld bij onrechtmatige perspublicaties”, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 171). Een evolutie is ook waar te nemen bij TON HARTLIEF, één van de pioniers: eerst is hij zeer voorzichtig, maar recenter durft hij een invoering te overwegen, als een beredeneerde inzet van een private boete: T. HARTLIEF, “Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?”, *NJB* 2005, afl. 16, (830) 834 en T. HARTLIEF, *Anno 2010. Beschouwingen over aansprakelijkheid en verzekering*, Amsterdam, DeLex, 2009, 68-69.

rechtsstelsel zeer gelijkaardig is aan het onze, kan de argumentatie van de Nederlandse rechtsgeleerden mee in acht worden genomen. Ook zal, waar passend, vergeleken worden met het Nederlandse recht.

21. Rechtsgeleerden die de invoering van *punitive damages* voorstaan, baseren hun pleidooi op een aantal knelpunten in het Belgische recht. Deze knelpunten worden hieronder uiteengezet.

§1. Falen van publiekrechtelijke rechtshandhaving – algemeen

22. De voormelde doelstellingen van *punitive damages* worden traditioneel toegedicht aan het strafrecht. De publiekrechtelijke rechtshandhaving is echter niet in staat deze doelstellingen te verwezenlijken. Ze is over het algemeen niet in staat de rechten van de burgers op voldoende wijze te beschermen en de misdrijven op gepaste wijze te voorkomen en vervolgens de daders te bestraffen.²⁷ Straffeloosheid is zo een vaak voorkomend fenomeen, tot spijt van de gehele maatschappij. Het opleggen van een *punitive damage* zou hieraan tegemoet kunnen komen als vorm van alternatieve rechtshandhaving, nl. via het privaatrecht. Dit zou niet ter vervanging van het strafrecht zijn, doch ter ondersteuning en ter versteviging.²⁸ Op die manier is er een democratisering van de toegang tot het recht, wat op zich enkel toe te juichen is.²⁹

23. In het strafrecht is eerst en vooral de bewijslast een bijzonder harde noot om te kraken. Deze bewijslast ligt bij het openbaar ministerie, niet bij de schadeverwekker of het slachtoffer. Deze bewijslast dient, gelet op het vermoeden van onschuld, streng te worden beoordeeld. Bij de minste twijfel omtrent het vaststaan van de schuld dient de beklaagde schadeverwekker immers geheel te worden vrijgesproken.³⁰ Voor de slachtoffers is helaas dit laatste vaak het geval, en komt de dader met zijn wangedrag weg zonder enige nadelige gevolgen. Ondanks het feit dat de benadeelde schadelijder in het privaatrecht zélf de bewijslast draagt, staat deze voor een minder zware taak. In burgerlijke procedures volstaat immers een gerechtelijke zekerheid omtrent het causaal verband tussen bewezen fout en zekere schade. Deze gerechtelijke zekerheid is een hoge graad van waarschijnlijkheid waardoor de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel hoeft te denken, ook al blijft dit theoretisch mogelijk.³¹ Voldoende gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens volstaan. Wanneer de schadelijder dus fout, schade en causaal verband kan aantonen, wordt het integraal vergoed voor de geleden schade (doch niet meer dan dat).³²

24. Daarnaast ligt bij het strafrecht de bal in de kamp van het openbaar ministerie. Als dit van mening is dat de aangebrachte schending van andermans rechten niet op voldoende wijze kan bewezen worden of onvoldoende prioritair is, wordt niet overgegaan tot vervolging.³³ Het slachtoffer krijgt dan zelfs de kans niet om zich burgerlijke partij te stellen. Deze handelswijze wordt versterkt door de visie dat strafrecht als

²⁷ O.H. KERKMEESTER, "Punitive Damages ter compensatie van een lage veroordelingskans", *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1808-1809; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1650 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 294-295 en 300.

²⁸ T. HARTLIEF, "Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?", *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 777; J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 251; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 306-307 en 366 en T. HARTLIEF, "Wat staat het burgerlijk recht te doen?", *NJB* 2009, afl. 25, 1553.

²⁹ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 307.

³⁰ *In dubio pro reo*: C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. B. DE SMET, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen – Deel II: Strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2009, 714.

³¹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 803.

³² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 219-220 (hierna verkort: *Inleiding*).

³³ Uit cijfers van de Raad van Europa blijkt dat in België slechts 3% van de strafzaken door het parket voor de rechter wordt gebracht: "An independent and impartial judicial system open to all – Efficiency of justice" - Evaluation Report (4th edition) of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (20 September 2012), <http://hub.coe.int/web/coe-portal/what-we-do/rule-of-law/efficiency-of-justice?dynLink=true&layoutId=34&dlgroupId=10226&fromArticleId> (2012), 240-245.

'*ultimum remedium*' moet beschouwd worden.³⁴ Uiteindelijk moet het slachtoffer van het misdrijf, indien het vergoed wenst te worden, een vordering instellen voor de burgerlijke rechter. In die procedure is het slachtoffer de enige die moet oordelen over het prioritair karakter, zonder de toets van het openbaar ministerie. Privaatrechtelijke handhaving schijnt dus een valabel alternatief te zijn, gelet op de lage veroordelingskans of 'pakkans' in het strafrecht.³⁵

25. Bovendien boet het strafrecht algemeen in aan zijn preventief en ontradend karakter. Niet alleen staat vast dat er een lage veroordelingskans of 'pakkans' is, ook is de handhaving, eens veroordeeld, ondermaats. Bij schadeverwekkers rijpt ietwat overdreven gesteld immers de volgende visie: korte gevangenisstraffen dienen niet te worden uitgezeten, gevangenen zitten overvol zodat, wanneer een effectieve celstraf wordt opgelegd, het al 'hopen' op een vrij plaatsje is, enkelbanden worden opgelegd maar zijn toch niet voorradig, ... Waarom zou men nog vrezen voor een strafrechtelijke veroordeling? Het effect waarbij men de schadeverwekker raakt waar het pijn doet, nl. zijn portemonnee, heeft een groter ontradend effect.

26. Aan de zijde van het slachtoffer is eveneens een en ander op te merken inzake het strafrecht. Uit onderzoek blijkt immers dat de burgers meer en meer hun vertrouwen in justitie, in het bijzonder het strafrechtelijk luik, kwijtraken. De procedurefouten die gemaakt worden en leiden tot een volledige vrijlating van 's lands grootste criminelen, dragen hiertoe in sterke mate bij.³⁶ Ook het feit dat men nog niet in aanraking is gekomen met justitie, verscherpt het wantrouwen.³⁷ Dit wantrouwen zorgt er algemeen voor dat het strafrecht niet kan functioneren zoals het hoort. Wanneer burgers geen klachten meer indienen, kunnen bepaalde schadeverwekkende misdrijven bij gebrek aan kennis ervan of bij gebrek aan ambtshalve bevoegdheid niet meer worden onderzocht en vervolgd. Schadelijders zullen, gelet op deze moeilijke verstandhouding met het strafrecht, eerder geneigd zijn zich tot het burgerlijk recht te wenden. Aldus is een versterking van dit instrument wenselijk.

27. Critici wijzen er op dat deze problematiek opgelost zou kunnen worden door het strafrecht te versterken.³⁸ Het is niet logisch een handhavingsgebrek te versterken via het instrumentarium van een ander rechtsgebied, stellen zij.³⁹ Terecht wordt hierbij opgemerkt dat dit niets verandert aan het feit dat de maatschappelijke prioriteiten vaak anders liggen dan de individuele, waardoor de daadwerkelijke vervolging van schadeverwekkende misdrijven achterwege blijft.⁴⁰ Daarnaast is het ook een kwestie van capaciteit: de overheid kan niet overal tegelijk zijn en alles aanpakken.⁴¹ De preventieve en de ontradende, afschrikkende

³⁴ O.H. KERKMEESTER, "Punitive Damages ter compensatie van een lage veroordelingskans", *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1808; E.M. VAN DER HEIDEN, "Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker", *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1753; L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 231 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 33.

³⁵ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1807-1813; E.M. VAN DER HEIDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1752; J.M. BARENDRECHT, "Aansprakelijkheid en welzijn", *NJB* 2002, afl. 12, (605) 607-608 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 42.

³⁶ A. VAN DAMME, L. PAUWELS, S. PLEYSIER en M. VAN DE VELDE, "Beelden van vertrouwen: het vertrouwen in politie en justitie in perspectief geplaatst" in X., *Beelden van vertrouwen in justitie en politie, Orde van de dag 2010*, afl. 52, (7) 8-9.

³⁷ S. VAN DE WALLE, "Vertrouwen en vertrouwdheid – waar komen vertrouwen en wantrouwen in justitie vandaan?" in X., *Beelden van vertrouwen in justitie en politie, Orde van de dag 2010*, afl. 52, (21) 21-24.

³⁸ J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 616; J. KORTMANN, "The Tort Law Industry", *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 806 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 306-308.

³⁹ T. HARTLIEF, "Geld zetten op aansprakelijkheidsrecht", *TPR* 2009, afl. 2, (565) 577-578, alluderend op J. KORTMANN; T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 2009, afl. 25, (1553) 1553 en T. HARTLIEF, *Anno 2010. Beschouwingen over aansprakelijkheid en verzekering*, Amsterdam, DeLex, 2009, 71 (hierna verkort: *Anno 2010*).

⁴⁰ C. CAUFFMAN, "Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht", *TPR* 2007, afl. 2, (799) 858.

⁴¹ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1810; T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 2009, afl. 25, (1553) 1553 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 71.

werking zouden hierdoor evenmin versterkt worden. Niet alleen kent men het gebrek aan capaciteit, ook schijnen grote financiële straffen een grotere angst in te boezemen dan de klassieke strafrechtelijke vervolgingen.⁴² Daarenboven is het strafrecht ‘star recht’. Het burgerlijk recht is flexibeler, buigzamer en kan de maatschappelijke noodzaak beter ondervangen, zelfs als de burgerlijke veroordeling een minder stigmatiserend karakter heeft dan een strafrechtelijke veroordeling.⁴³ Het aanpassen van het strafrecht lijkt dus op meerdere vlakken een utopie te zijn, veeleer dan een haalbare strategie.⁴⁴

§2. Falen van publiekrechtelijke rechtshandhaving – specifiek: voedingsbodem voor lucratieve fouten?

i) Milieuhandhaving

28. Bij de milieuhandhaving blijken eveneens enkele handhavingsproblemen. Ook hier lijkt het strafrecht niet voldoende.⁴⁵ De politie blijft als toezichthouder ver achterop⁴⁶, het openbaar ministerie gaat, ondanks de toegenomen druk, te weinig tot vervolging over⁴⁷ en de overheid treedt onvoldoende op⁴⁸. Een vordering tot staking van de overtreding kan worden ingesteld, maar de reeds geleden schade blijft dan wel berokkend.⁴⁹ Door deze lage pakkans gaat het afschrikwekkend en straffend karakter aldus niet ver genoeg om flagrante inbreuken te voorkomen. De inbreuken op de milieuwetgeving hebben nochtans enorme gevolgen voor mens, dier, natuur en leefwereld.⁵⁰ De schadeverwekkers doen echter aan kansberekening in het kader van de nalatige rechtshandhaving. Ze schatten hun kansen op straffeloosheid hoog in en nemen het risico.⁵¹ Van een voorzorgsbeginsel is dus geen sprake.⁵² De gevolgen voor hen, als die er al zijn – want het betreft een lage ‘pakkans’–, zijn minimaal vergeleken met de schade die door hen wordt aangericht. Enkel de kosten voortspruitend uit maatregelen ter voorkoming, beperking en bestrijding van de milieuverontreiniging komen te hunner laste.⁵³ Dit bedrag hebben zij echter reeds lang uitgespaard door initieel het milieu te vervuilen. Het berekend gedrag van een lucratieve fout steekt hier zijn kop op. De bestuurlijke weg die men inslaat om overtredingen te voorkomen en te handhaven lijken evenmin te werken om tal van redenen: personele onderbezetting, ontbreken nodige materiële middelen, onvoldoende duidelijke en handhaafbare vergunningsvoorschriften, overheidskosten die niet kunnen worden verhaald, ...⁵⁴.

⁴² T. HARTLIEF, “Gij zult handhaven!”, *NJB* 2007, afl. 15, 915.

⁴³ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 858-859.

⁴⁴ In Nederland staat men afkerig ten opzichte van privaatrechtelijke handhaving, wat een ‘impuls’ zou zijn. De publieke handhaving werkt daar schijnbaar goed genoeg. Als er al een uitbreiding zou moeten komen, zou dit zijn van de vordering tot winstafdracht, cf. *infra*, voetnoot 225: J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 299-300.

⁴⁵ Zie algemeen: C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 348-349.

⁴⁶ F. GEYSELS, “Milieuhandhaving” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, (VIbis.Aoeties.1-1) VIbis.Aoeties.1-10 (hierna verkort: *Het onroerend goed in de praktijk*).

⁴⁷ F. GEYSELS, *l.c.* in *Het onroerend goed in de praktijk*, (VIbis.Aoeties.1-1) VIbis.Aoeties.1-21.

⁴⁸ A. CARETTE, “Milieuaansprakelijkheid” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV. Commentaar verbintenissenrecht, Titel III, Hfdst. 13, afd. 4, Mechelen, Kluwer, 2004, (1) 33-34 (hierna verkort: *Bijzondere overeenkomsten*).

⁴⁹ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 349-350.

⁵⁰ F. GEYSELS, *l.c.* in *Het onroerend goed in de praktijk*, (VIbis.Aoeties.1-1) VIbis.Aoeties.1-70-77.

⁵¹ C. VANDEWAL, “Ik droom van groene weiden. Overwegingen omtrent het strafrechtelijk beleid inzake het leefmilieu”, *TMR* 2003, afl. 6, (548) 549 met verwijzing naar M. FAURE.

⁵² Zie hierover: I. LARMUSEAU, “Het voorzorgsbeginsel niet langer een papieren tijger?”, *AJT* 1998-99, (811) 813.

⁵³ G. VAN HOORICK, “Milieubeleid en recht” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2004, (VIbis.A.1-1) VIbis.A.1-15.

⁵⁴ F. GEYSELS, *l.c.* in *Het onroerend goed in de praktijk*, (VIbis.Aoeties.1-1) VIbis.Aoeties.1-13. Zie ook algemeen: R. MEEUS, “Een toekomst voor de transactie als sanctioneringsinstrument in het milieurecht? Lessen uit de praktijk in België en Nederland”, *TMR* 2011, afl. 4, (325) 325-345.

29. Een privaatrechtelijke straf waarbij de schadeverwekker rechtstreeks in zijn beurs wordt getast zou hier wenselijk kunnen zijn.⁵⁵ Door het grote belang dat gehecht wordt aan een gezond leefmilieu is duidelijk dat de traditionele benadering van de schadeloosstelling, op grond van burenhinder of op grond van een foutaansprakelijkheid⁵⁶, niet steeds tot een bevredigende oplossing leidt bij aantastingen van milieubestanddelen.⁵⁷ Daarenboven komt nog het feit dat het vaak over strooischade zal gaan, waarbij de drempels tot het overgaan van een vordering te hoog zijn, in vergelijking met de individuele schade.⁵⁸ Een lage veroordelingskans is dus een vast gegeven en lijkt een voedingsbodem te zijn voor lucratieve fouten. *Punitive damages* kunnen hier een uitweg bieden.

ii) *Drukpersmisdriven*

30. Een bijzonder geval waarin feitelijke straffeloosheid kan worden vastgesteld, is dit van een drukpersmisdrif. Ook al wordt algemeen erkend dat de pers de waakhond van de maatschappij is, toch kunnen hieraan grenzen worden gesteld. Er is immers sprake van een drukpersmisdrif wanneer een meningsuiting⁵⁹ strafbaar is en deze openbaar wordt gemaakt, via gebruik van een ‘drukkers’.⁶⁰ Dit laatste begrip wordt ruim geïnterpreteerd en omvat zelfs weblogs en websites.⁶¹

31. Een drukpersmisdrif dient conform art. 150 Gw. beslecht te worden voor het hof van assisen.⁶² Hierdoor wordt een voorrang van rechtsmacht toegekend, ter bescherming van het grondrecht der vrije meningsuiting. Juridisch-theoretisch is dus vervolging mogelijk, maar *de facto* is er een straffeloosheid⁶³ en zelfs strafrechtelijke immuniteit indien de persmisdriven niet zijn ingegeven door racisme en xenofobie⁶⁴.

32. De misdrijven⁶⁵ laster en eerroof (art. 443 Sw.), beledigingen (art. 448 Sw.) of kwaadwillige ruchtbaarmaking (art. 449 Sw.) zijn de meest voorkomende vormen van drukpersmisdriven. Zij randen de eer en goede naam van een persoon aan. Desondanks vallen zij, als drukpersmisdriven, onder voormeld speciaal regime.⁶⁶ Naast de hoe dan ook zware strafrechtelijke bewijslast⁶⁷ en tussenkomst van het openbaar

⁵⁵ Zie echter contra: E. HULST, “Actualiteiten milieuaansprakelijkheid. De les van Exxon Valdez: ‘Punitive damages’ corrigeren fout gedrag toch niet”, *TMA* 2004, afl. 6, 199-202.

⁵⁶ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 350-351.

⁵⁷ A. CARETTE, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, (1) 20. Zie ook: S. DELODDERE, “Ecologische schade en het herstel ervan”, *NJW* 2004, afl. 56, (38) 40-44.

⁵⁸ T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 58 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 42. Zie echter *infra*, nr. 82, voetnoot 236.

⁵⁹ Een karikatuur of een spotprent wordt niet als mening beschouwd: H. VANDENBERGHE, “Over civielrechtelijke persaansprakelijkheid. Een stand van zaken” in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Gent, Larcier, 2005, (109) 112 (hierna verkort: *Aansprakelijkheidsrecht*).

⁶⁰ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. B. DE SMET, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen – Deel I: Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 166-169 en D. VOORHOOF en P. VALCKE, *Handboek Mediarecht*, Brussel, Larcier, 2011, 180-183 (hierna verkort: *Handboek Mediarecht*).

⁶¹ F. JONGEN, “Hiérarchie des normes?” (noot onder Corr. Brussel 23 juni 2009), *JLMB* 2010, afl. 3, (127) 128; H. VANDEBERGHE, “Over persaansprakelijkheid. De specifieke context”, *TPR* 2010, afl. 4, (1814) 1824 en D. VOORHOOF, “Weblogs en websites zijn voortaan ook ‘drukkers’”, *Juristenkrant* 2012, afl. 246, 4-5 (bespreking van Cass. 6 maart 2012). Zie ook Antwerpen 9 februari 2006, *AM* 2006, 204 en Rb. Brussel 15 oktober 2009, *AM* 2010, afl. 3, 202, noot P.V..

⁶² Hierbij moet worden opgemerkt dat *punitive damages* géén verboden preventieve maatregel zouden zijn in de zin van art. 25 Gw. Dit kan verschillen voor een vordering op grond van art. 584 Ger.W. inzake kortgeding: C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 337. Zie nochtans: Cass. 2 juni 2006, *AM* 2006, afl. 4, 355. Later: Rb. Brussel 13 februari 2009, *AM* 2009, afl. 3, 314, noot. Zie ook F. JONGEN, noot onder Rb. Luik 21 september 1999, *AM* 2000, (159) 159. Deze maatregel is hoe dan ook ontoereikend: men weet niet altijd op voorhand dat iets gaat verschijnen.

⁶³ H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 110-113 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 858.

⁶⁴ Hiervoor werd een correctionalisering in art. 150 Gw. ingevoerd in 1999, net omwille van de feitelijke straffeloosheid en strafrechtelijke immuniteit: D. VOORHOOF en P. VALCKE, *Handboek Mediarecht*, 180-183. Ook corr.rb.: geen mening/opinie, prent of afbeelding, onvoldoende ruchtbaarmaking.

⁶⁵ Voor de constitutieve bestanddelen van allen: I. DELBROUCK, “Aanranding van de eer of de goede naam van personen” in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 2007, (A 15/6) A 15/6 – A 15/53 en P. LAMBERT, “La diffamation” in X., *Postal Memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Mechelen, Kluwer, 2008, (D 130/01) D 130/01 – D 130/19.

⁶⁶ C. IDOMON, “Enkele bedenkingen omtrent de burgerlijke vordering wegens het niet inlassen van een antwoord en lasterlijke publicaties” (noot onder Brussel 10 maart 2004), *RW* 2005-06, afl. 25, (985) 987 en I. DELBROUCK, *l.c.* in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 2007, (A 15/6) A 15/7 en A 15/52.

ministerie, geldt er daarenboven dus nog een vorm van strafrechtelijke immuniteit, zodat het strafrecht voor het slachtoffer geen soelaas biedt.

33. Voor een strafrechtelijke aanranding van de eer en goede naam van personen is het slachtoffer dus genoodzaakt zich te wenden tot het privaatrecht. Vrijheid van meningsuiting en persvrijheid belemmeren immers niet dat er sprake kan zijn van een foutieve gedraging. De zorgvuldigheidsnorm voor de pers wordt volgens een glijdende schaal ingevuld naargelang de aanwezige publieke belangen. Men hanteert er, naar eigen zeggen, een strikte norm.⁶⁸ Wat betreft de veroorzaakte schade zal er slechts in bepaalde gevallen materiële schade geleden zijn.⁶⁹ In de meeste gevallen lijdt het slachtoffer ‘enkel’ morele, emotionele schade.⁷⁰ Het Hof van Cassatie⁷¹ besliste hierover dat er, bij morele schadevergoeding, geen afbreuk mag worden gedaan aan het principe van integrale schadevergoeding⁷² en er dus zeker geen hoger bedrag dan een vergoeding voor de werkelijk geleden schade wordt opgelegd. Ook de ‘morele variant’ mag enkel vergoeden en mag geen private straf uitmaken. Dit werkt in de hand dat dagbladen, kranten of journalistieke bloggers een rekensom maken⁷³ van wat het verspreiden van de ‘roddel’ hen kan opleveren en wat het eventuele bedrag is dat ze eventueel⁷⁴ aan schadevergoeding verschuldigd zullen zijn.⁷⁵ Wanneer de balans voor hen positief uitdraait, zijn ze bereid het risico te nemen, ongeacht de latere civielrechtelijke gevolgen. De aantrekkingskracht van het financieel voordeel van dergelijke lucratieve fouten overmeestert dus de (minieme) ontrading.⁷⁶ Dit is reeds een eerste voorbeeld van de invulling van een lucratieve fout. Niet alleen dit voordeel is van belang, doch ook eender welke vermogensrechtelijke prikkel. Dit is ook het geval wanneer de schadeverwekker niet in een slechtere vermogensrechtelijke positie terecht komt door de sanctie, dan wanneer hij voor het rechtmatig alternatief had gekozen.⁷⁷ Ook hier is immers kansberekening aan de orde: hoe groot is de kans dat er een vordering wordt ingesteld? Laag, en als de vordering al wordt ingesteld, is er nog steeds een *status quo* en geen verslechtering. De kansberekeningen inzake winst en *status quo* zorgen dus voor het tot stand komen van lucratieve fouten bij permissdrijven.

34. Doordat het strafrecht een feitelijke immuniteit schenkt en de civielrechtelijke gevolgen beperkt blijven, worden de eer en goede naam van private personen te veel geschonden zonder nadelige gevolgen voor de schadeverwekkers. Hieraan kan slechts op twee manieren worden verholpen. De eerste manier is de correctionalisering, die geldt ten aanzien van permissdrijven die ingegeven zijn door racisme of xenofobie,

⁶⁷ F. JUDO, “Uitgever vangt bot”, *Juristenkrant* 2003, afl. 66, 7; I. DELBROUCK, *l.c.* in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 2007, (A 15/6) A 15/27-33; L. DELBROUCK, “Roep niet te snel laster en eerroof”, *Juristenkrant* 2008, afl. 168, 5; H. LAMON, “Gele Davidster om ‘een jood’ aan te wijzen: who cares?”, *Juristenkrant* 2009, afl. 197, 4-5 en D. VOORHOOF, “BASF moet kritiek kunnen verdragen”, *Juristenkrant* 2009, afl. 189, 5.

⁶⁸ H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 141-146; P. DE HERT en R. SAELENS, “Recht op afbeelding”, *TPR* 2009, afl. 2, (867) 898-907 en H. VANDENBERGHE, “Persaansprakelijkheid. De bijzondere zorgvuldigheidsnorm. Een glijdende schaal”, *TPR* 2010, afl. 4, (1827) 1828-1832.

⁶⁹ Bijvoorbeeld bij een zaakvoerder die de omzet van zijn zaak ziet dalen door een lastercampagne of een veeboer die beticht wordt van hormonenhandel: D. VOORHOOF, “VTM-journaal veroordeeld wegens signaleren vermeende hormonenzwendel”, *Juristenkrant* 2003, afl. 63, 1 en 5 (m.b.t. Rb. Brussel 10 januari 2003, *AM* 2003, afl. 5, 404). Ook rechtspersonen kunnen een schending ondervinden van hun persoonlijkheidsrechten. Dit zal dan vooral reputatieschade met materiële schade tot gevolg betreffen: F. JUDO, “Uitgever vangt bot”, *Juristenkrant* 2003, afl. 66, 7.

⁷⁰ Bijvoorbeeld: D. VOORHOOF, “Boek krenkt eer en goede naam van VB-politicus”, *Juristenkrant* 2005, afl. 116, 13; D. VOORHOOF, “De Standaard veroordeeld in zaak Brouwers”, *Juristenkrant* 2008, afl. 163, 6 en D. VOORHOOF, “Dedecker moet dopingkritiek inslikken”, *Juristenkrant* 2009, afl. 161, 6-7.

⁷¹ Cass. 14 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991, 855 en *Pas.* 1992, I, 798. Zie ook Cass. 13 mei 2009, *Pas.* 2009, 1167, nader besproken in H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding*, 219. Zie ook *infra*, nrs. 107-108.

⁷² Zie algemeen T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 665-666 en verwijzingen aldaar en H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding*, 219.

⁷³ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1641.

⁷⁴ Het is immers nog maar de vraag of het slachtoffer bereid is een juridische procedure op te starten.

⁷⁵ Rechters leggen zelden hoge bedragen op, zodat het, op basis van een algemene trend, eenvoudig is een rekensom te maken.

⁷⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 688-689.

⁷⁷ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 810-811.

doortrekken naar alle persmisdrijven – wat een feitelijke opheffing van artikel 150 Gw. inhoudt. Zo kan het afschrikkend effect van een strafrechtelijke vervolging spelen. De tweede manier is het bedrag van de schadevergoeding optrekken zodat dergelijke beredeneerde, opzettelijke, lucratieve fouten⁷⁸ niet de verhoopte winst geven en zelfs schade toebrengen aan de schadeverwekker.

De laatste optie lijkt de meest aangewezen en meest efficiënte in het licht van de vrijheid van meningsuiting en persvrijheid, alsook in het licht van de moeilijke prioriteitsstelling door het openbaar ministerie. Een toevlucht tot *punitive damages* zou in dit kader dus zeker wenselijk en zelfs aangewezen zijn om de voedingsbodem in de totstandkoming van lucratieve fouten, die het strafrecht momenteel is, uit te hollen. De voordelen van een burgerrechtelijke procedure worden zo immers gecombineerd met een afschrikings- en strafeffect. Ook degelijke rechtshandhaving, afkeuring en opvoeding vloeien hieruit voort. Uit de relatief vaak voorkomende aard van dergelijke fouten, kan tevens afgeleid worden dat zelfregulerende maatregelen niet voldoende zijn, zodat het schrik-effect wel in het burgerlijk recht moet worden gevonden.⁷⁹

§3. Lucratieve fouten bij de schending van persoonlijkheidsrechten: portretrecht, naamrecht en persoonlijke levenssfeer

35. Het portretrecht (het recht op afbeelding⁸⁰), en het naamrecht⁸¹ worden beiden erkend als zijnde algemene, absolute, subjectieve persoonlijkheidsrechten⁸² die moreel en patrimoniaal beschermingswaardig zijn. Gebruik hiervan door derden is aan toestemming van de betrokkene onderworpen.⁸³ Ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer of kortweg het privéleven wordt onder de noemer ‘persoonlijkheidsrecht’ gebracht.

36. Wanneer derden een afbeelding of een naam gebruiken in een verkeerde context, kan het getoonde of genoemde individu morele schade lijden. Zo kan het zijn dat een individu gelinkt wordt aan een verkeerde politieke partij⁸⁴ of een andere seksuele geaardheid, gebruikt wordt om perversiteiten te promoten buiten

⁷⁸ Zie algemeen over deze term: R. VAN SCHAİK, “De calculerende pers. Smartengeld bij onrechtmatige perspublicaties”, *Mediaforum* 1999, afl. 6, 169-173; E.M. VAN DER HEIDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, 1749-1756; D. FASQUELLE en R. MÉSA, “Les fautes lucratives et les assurances de dommages”, *RGAR* 2004, nr. 13949, nrs. 1-6 en B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, 1641-1652.

⁷⁹ Zoals de Raad voor de Journalistiek en de door hen opgestelde Code. Zie een voorbeeld hiervan: Rb. Brugge 30 april 2012, *AM* 2012, afl. 6, 592, noot D. VOORHOOF; Rb. Brussel 27 maart 2012, *AM* 2012, afl. 6, 602 en D. VOORHOOF, “Rechtspraak integreert Code van de Raad voor de Journalistiek bij beoordeling van ‘fout’ in toepassing van art. 1382 B.W.” (noot onder Rb. Brugge 30 april 2012), *AM* 2012, afl. 6, (596) 596-597.

⁸⁰ P. DE HERT en R. SAELENS, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (867) 867-917.

⁸¹ K. SWERTS, “(De juridische staat van de persoon) De naam”, *TPR* 2009, afl. 2, 774-792. Dit geldt ook voor rechtspersonen: F. JUDO, “Uitgever vangt bot”, *Juristenkrant* 2003, afl. 66, 7.

⁸² E. GULDIX en A. WYLLEMAN, “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1999, afl. 4, (1589) 1589-1657, i.h.b. 1594 en 1629-1630 en S.D. LINDENBERGH, “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht”, *TPR* 1999, afl. 4, (1665) 1665-1707, i.h.b. 1672-1674. Zie m.b.t. afbeelding: Rb. Brussel 18 november 2010, *AM* 2011, afl. 1, 96; Rb. Brussel 28 september 2010, *AM* 2011, afl. 3, 334; Rb. Brugge 31 januari 1990, *RW* 1991-92, 234 en KG Brussel 26 juni 2006, *AM* 2006, afl. 5-6, 496. Voor een algemeen beeld: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 139-146.

⁸³ Voor een portret, op basis van art. 10 Wet 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *BS* 27 juli 1994 (zie: Gent 21 februari 2008, *RABG* 2008, afl. 20, 1271, noot F. PETILLON en J. DEENE, “Hof van Beroep geeft Clijsters haar portretrecht terug”, *Juristenkrant* 2008, afl. 171, 1 en Kh. Antwerpen 9 oktober 2009, *IRDI* 2012, afl. 4, 421, noot). Zie: H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 151-153; P. DE HERT en R. SAELENS, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (867) 872-877; K. SWERTS, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (774) 774-775 en B. WEYTS, “Punitieve elementen in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in *Toetsing van sancties*, (173) 178 en 183-184. Zie specifieke gevallen: D. VOORHOOF, “RTL-TVI en minister veroordeeld wegens schending recht op afbeelding van gevangene”, *Juristenkrant* 2001, afl. 37, 16; D. VOORHOOF, “Ook gevangene heeft recht op vergetelheid”, *Juristenkrant* 2001, afl. 37, 1; D. VOORHOOF, “Gents hof van beroep bestudeert naaktfoto’s”, *Juristenkrant* 2006, afl. 139, 5; E. BREWAEYS, “Recht op afbeelding”, *NJW* 2010, afl. 218, (206) 206; Antwerpen 5 mei 2003, *AM* 2004, afl. 1, 67; Brussel 30 september 2002, *AM* 2003, afl. 3, 205; Antwerpen 25 oktober 1999, *TBBR* 2002, afl. 2, 122; Antwerpen 19 december 1995, *AM* 1996, 360, noot D. VOORHOOF; Rb. Brussel 19 september 2008, *AM* 2010, afl. 4, 385 en Rb. Brussel 27 november 1992, *JLMB* 1994, 1001, noot F. JONGEN.

⁸⁴ P. DE HERT en R. SAELENS, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (867) 871 en verwijzingen aldaar. Zie ook impliciet: Rb. Brussel 19 september 2008, *AM* 2010, afl. 4, 385; zie echter contra: Antwerpen 21 juni 2004, *AM* 2005, afl. 1, 76, noot.

diens wil, of in verband wordt gebracht met producten ongeacht doelgroep en kwaliteit⁸⁵. Vaak wordt dit gelinkt aan een schending van de privacy, doordat foto's verspreid worden waarvoor geen toestemming is gegeven en het portretrecht op die manier geschonden is, in combinatie met diens privacy; denk bijvoorbeeld aan Prins Harry en Kate Middleton die onlangs voor de wereld tentoon werden gesteld met bijzonder weinig kleding aan. Anderzijds wordt de privacy ook vaak geschonden zonder foto's te verspreiden, zoals overdreven commentaar en kritiek uiten op een politicus – ook al is dit een publieke figuur – gesteund op elementen uit het privéleven⁸⁶, op het vermelden van namen in een kwalijke context⁸⁷ of het verspreiden van roddels over vakanties e.d.m., iets dat zelfs voor de meest publieke personen tot het privéleven behoort.⁸⁸ Louter gegevens verspreiden uit de privésfeer op zich, als autonoom persoonlijkheidsrecht, is eveneens schadelijk.⁸⁹ Het 'outen' in een tijdschrift van iemands homoseksuele geaardheid is eveneens een inbreuk op het privéleven.⁹⁰ Daarnaast kan ook het portretrecht geschonden worden met morele schadevergoeding tot gevolg, indien dit de eer en goede naam aantast van de betrokkene door het te vergezellen van kwetsende woorden, ook al is dit een politiek belangrijke figuur.⁹¹ Deze handelingen maken een fout uit doordat ze een overtreding vormen van de norm die een bepaald gedrag verbiedt, m.n. de rechtsplicht tot respect van andermans rechten.⁹² Hieruit ontstaat dus mogelijks morele schade, die in causaal verband staat met voormelde fout.

37. De morele schade, waaronder ook reputatieschade wordt begrepen, dient vervolgens integraal vergoed te worden. Belgische rechters ramen deze echter voornamelijk voorzichtig⁹³, om de stempel van 'private straf' te vermijden (cf. *infra*: verboden naar Belgisch recht, nrs. 103-104). Zo werd geoordeeld dat een schending van de eer en goede naam in persartikels niet vatbaar zijn voor *punitive damages* aangezien deze naar Belgisch recht onbekend zijn. Het enige herstel zou dan schuilen in de publieke veroordeling van

⁸⁵ Brussel 4 oktober 1989, *RW* 1989-90, 651, noot D. VOORHOOF; Rb. Hasselt 12 december 2003, *Limb. Rechtsl.* 2004, (46) 51, noot C. COOMANS en C. COOMANS, noot onder Rb. Hasselt 12 december 2003, *Limb. Rechtsl.* 2004, afl. 1, (52) 55 en verwijzingen aldaar.

⁸⁶ K. LEMMENS, "Parlando ma non troppo: artikel 10 van het E.V.R.M. en kritiek op gerecht en politiek", *AJT* 1999-00, (277) 284-285; H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 141; D. VOORHOOF, "De Standaard veroordeeld in zaak Brouwers", *Juristenkrant* 2008, afl. 163, 6 en H. VANDENBERGHE, *l.c.*, *TPR* 2010, afl. 4, (1827) 1834-1839 en verwijzingen aldaar. Zie ook in Nederland: E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1749-1750.

⁸⁷ Brussel 6 maart 2007, *AM* 2009, afl. 1-2, 170 (voetbalcoach overdreven afkraken) en Rb. Hasselt 14 juni 2010, *AM* 2011, afl. 2, 250, noot D. VOORHOOF (herhaaldelijk naam noemen in kader faillissement). Denk ook aan Pol Van Den Driessche: J. ANTONISSEN, 'DSK in Vlaanderen: Pol Van Den Driessche', *Humo* 23 april 2012, <http://www.humo.be/humo-archief/94395/dsk-in-vlaanderen-pol-van-den-driessche>, met terugtred uit politiek en ontslag als gastdocent tot gevolg. Vordering ingesteld ten belope van €625.000,00 – nog geen uitspraak in deze zaak.

⁸⁸ D. VOORHOOF en P. VALCKE, *Handboek Mediarecht*, 189-197: hoge grens maar limieten! Over Prinses Caroline van Monaco en andere vorsten: R. VAN SCHAİK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 172-173; H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 133-134 en E. MULLER, "Roddels, Schuld & Boete", *NJB* 2008, afl. 24, (1464) 1465 en 1468-1470.

⁸⁹ Zie Rb. Brussel 23 december 1999, *AM* 2000, afl. 1-2, 138: private gegevens over onderzoeksrechter in de zaak Dutroux worden verspreid zonder toestemming, uitdrukkelijke overweging: niet om te straffen, wel hoge morele schadevergoeding (€18.750) – wel slachtoffergebonden elementen in rekening. Zie hierover: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 264 en C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 335.

⁹⁰ Gent 12 juni 2001, *AM* 2002, afl. 2, 169 en Rb. Gent 22 november 1999, *AM* 2000, afl. 1-2, 148. Zie ook: S. SOTTIAUX, "Het conflict tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy" (noot onder Gent 12 juni 2001), *TBBR* 2003, afl. 5, (308) 309-311.

⁹¹ D. VOORHOOF, "Boek krenkt eer en goede naam van VB-politicus", *Juristenkrant* 2005, afl. 116, 13; K. LEMMENS, "Wie is Demol? Bedenkingen bij een boek en een arrest", *AM* 2006, afl. 2, (147) 148-149, 153-154 en 159-160; J. DEENE, "Intellectuele rechten kroniek 2005", *NJW* 2006, afl. 145, (530) 539 en P. DE HERT en R. SAELENS, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (867) 879. In de zaak Demol: vernietiging door Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, afl. 8, 321.

⁹² C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 334 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 181. Bovendien is vereist dat, wanneer de goede naam van een persoon gekrenkt kan worden, de journalist eerst contact opneemt en de kans geeft te reageren: Rb. Brugge 30 april 2012, *AM* 2012, afl. 6, 592, noot D. VOORHOOF.

⁹³ D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, 265-266 (hierna verkort: *Schade en schadeloosstelling*) en R. VAN SCHAİK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 170. Voorbeelden: E. GULDIX en A. WYLLEMAN, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1589) 1651-1653; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1645-1646; H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 153-154; C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 821; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 335 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 185-186. De tendens ligt tussen €500 en €1250. Zie echter zeer verschillend: Rb. Brussel 15 oktober 2009, *JLMB* 2010, afl. 3, 128, noot C. DONY: 75° Kamer €1 ⇔ Rb. Brussel 15 oktober 2009, *AM* 2010, afl. 3, 202, 21° Kamer: €500.000, €100.000 en €1; ook: Rb. Brussel 11 september 2007, *AM* 2007, afl. 5, 505, 14° Kamer: €2000. B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 186-187. Tot slot: Rb. Brugge 30 april 2012, *AM* 2012, afl. 6, noot D. VOORHOOF: €880 000 gevorderd, €1000 toegekend!

de foutieve gedragingen.⁹⁴ Het mag geen straf zijn tot ontrading van laakbare journalistiek en enkel een vergoeding voor de geleden schade.⁹⁵ Ook hier maken kranten en tijdschriften⁹⁶ en zelfs tv-programma's geregeld de balans op⁹⁷: hoeveel brengt deze roddel of deze foto op, en wat is het bedrag dat ik zou moeten betalen als er al een vordering wordt ingesteld, want er is een lage pakkans?⁹⁸ Wanneer men zeker is van zijn financieel voordeel, is men bereid bewust deze lucratieve fout te begaan. Er is immers geen prikkel meer om correct te handelen en toestemming te vragen alvorens te publiceren. *Punitive damages* zouden hier soelaas kunnen bieden en bereiken zo het effect dat de persoonlijkheidsrechten een hogere bescherming toegekend krijgen dan het vermogen.⁹⁹ Het mogelijks argument dat er dan geen ruimte meer zou zijn voor ontspannende lectuur, kan niet worden gevolgd: grond- en persoonlijkheidsrechten mogen niet met de voeten getreden worden omwille van sensatiebeluste lezers.

38. Naast deze morele schade kan men hierdoor ook materiële schade lijden.¹⁰⁰ Zo kan het zijn dat foto's van een model verkocht en gebruikt worden zonder diens toestemming, zodat er geen rechtmatige prestatiebescherming of vergoeding voor de geleverde prestatie kan plaatsvinden.¹⁰¹ Bij een zanger kan het zijn dat zijn inkomen samenhangt met zijn reputatie, die geschaad kan worden door andermans foutief toedoen.¹⁰² De naam of foto van een politicus gebruiken voor commerciële doeleinden past in hetzelfde kraam en schendt de privacy.¹⁰³ Dit is ook geregeld het geval bij topsporters, die hun afbeelding of naam 'verkopen' en ten gelde kunnen maken in reclamecampagnes of als promotiemateriaal voor bepaalde merchandisingproducten¹⁰⁴; deze elementen hebben dus een vermogenswaarde.¹⁰⁵ Op die manier valideren zij hun commerciële waarde. Wanneer een derde op onrechtmatige wijze, zonder toestemming van het betrokken

⁹⁴ Rb. Luik 21 september 1999, *AM* 2000, afl. 1-2, 155, noot F. JONGEN en Rb. Luik 15 december 1999, *AM* 2000, afl. 1-2, 160, waarbij een miljoenenclaim werd verlaagd tot €1875 en €1. Zie hierover: B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1645 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 185. Zie ook Brussel 5 februari 1999, *RGAR* 2000, 13296: straffen mag niet, herstel van de eerbaarheid van foto's in badpak enkel te vergoeden door een symbolische frank. Goedgekeurd door Cass. 12 oktober 2001, *JLMB* 2002, afl. 10, 400; F. JONGEN, "Préjudice moral, préjudice matériel et sécurité juridique" (noot onder Cass. 12 oktober 2001), *JLMB* 2002, afl. 10, (401) 401-402.

⁹⁵ Brussel 27 april 2009, *JLMB* 2008, afl. 18, 785 en Brussel 3 april 2003, *AM* 2003, afl. 4, 303.

⁹⁶ De getrapte aansprakelijkheid van art. 25 Gw. verhindert immers niet dat de uitgever zelf aansprakelijk kan zijn, los van de journalist-auteur, op basis van een fout: Cass. 29 juni 2000, *AJT* 2000-01, 581; Antwerpen 23 juni 2010, *NJW* 2010, afl. 232, 790, noot E. BREWAEYS; Rb. Brussel 13 december 2011, *AM* 2012, afl. 6, 597 en Rb. Brussel 14 februari 2011, *AM* 2011, afl. 3, 391, noot (mee bijgedragen tot uitgave) en Rb. Hasselt 4 januari 2010, *AM* 2010, afl. 2, 210 en Rb. Namen 18 april 2005, *Journ. Proc.* 2005, afl. 502, 26 (reclame voeren over het artikel en fout in de uitgave, dus m.a.w.: voorbladpagina's maken).

⁹⁷ In Nederland spreekt men van 'boulevardpers': E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1750; T. HARTLIEF, "Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?" *NJB* 2005, afl. 16, (830) 831 en J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 259. Term overgenomen in Belgische rechtspraak: o.a. KG Brussel 27 januari 2012, *AM* 2012, afl. 6, 609; Rb. Brussel 13 december 2011, *AM* 2012, afl. 6, 597; Rb. Antwerpen 15 mei 2008, *AM* 2008, afl. 4, 320 en Rb. Antwerpen 23 oktober 2003, *RW* 2004-05, afl. 16, 630.

⁹⁸ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1807; J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 607-608; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1642; T. HARTLIEF, "Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?" in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, (807) 835-837 (hierna verkort: *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*); T. HARTLIEF, "Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?" *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 776; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 65-67 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 174 en 200-201. Voor voorbeelden van schendingen: R. VAN SCHAİK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 170-171.

⁹⁹ E. GULDIX en A. WYLLEMAN, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1589) 1654; S.D. LINDENBERGH, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1665) 1691-1699 en E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1752 en T. HARTLIEF, "Leven in een claimcultuur" *l.c.*, *NJB* 2005, afl. 16, (830) 831.

¹⁰⁰ E. GULDIX en A. WYLLEMAN, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1589) 1635-1636 en 1649-1650 en S.D. LINDENBERGH, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1665) 1690-1691.

¹⁰¹ Antwerpen 5 mei 2003, *NJW* 2003, afl. 48, 1193, noot J. DEENE.

¹⁰² E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1749.

¹⁰³ Rb. Antwerpen 22 mei 2001, *AM* 2002, 170. Dit is niet het geval als er geen misleidende collage van beelden gebruikt worden of iets in die aard: Rb. Antwerpen 9 mei 2003, *AM* 2003, afl. 5, 400.

¹⁰⁴ J. DEENE, "Intellectuele rechten kroniek 2005", *NJW* 2006, afl. 145, (530) 539; J. DEENE, "Hof van Beroep geeft Clijsters haar portretrecht terug", *Juristenkrant* 2008, afl. 171, 1; F. PETILLON, "Inbreuken op portretrecht leiden tot contractuele en/of extracontractuele schadevergoeding" (noot onder Gent 21 februari 2008), *RABG* 2008, afl. 20, (1274) 1274-1276; P. DE HERT en R. SAELENS, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (867) 874-875; B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 174-175; Gent 21 februari 2008, *RABG* 2008, afl. 20, 1271, noot F. PETILLON, hervorming van Rb. Gent 19 november 2003, *AM* 2004, 384; Rb. Hasselt 19 december 2003, *AM* 2004, afl. 4, 388; Rb. Haarlem 6 november 1990, *Info Recht* 1991, 198, noot J. PINCKAERS; KG Harderwijk 29 mei 1991, *Mediaforum* 1991, 115. Gelijkaardig m.b.t. artiesten: Brussel 30 september 2002, *AM* 2003, afl. 3, 205 en Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1990, *IER* 1990, 19.

¹⁰⁵ B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 184.

individu, diens naam of afbeelding exploiteert voor commerciële doeleinden¹⁰⁶ zodat bijvoorbeeld de verkoop van diens producten stijgt, lijdt het individu ook materiële schade omdat hem het recht ontzegd wordt zijn naam of afbeelding zelf te verkopen en te exploiteren. Een raming van de schade zal moeilijk zijn, omdat het vrijwel steeds zal gaan om het verlies van een kans tot vergoeding.¹⁰⁷ Bovendien speelt ook hier het idee van lucratieve fouten: de kans op winst dankzij de onrechtmatige exploitatie van andermans naam of afbeelding is groter dan de veroordeling tot schadevergoeding en als er al een schadevergoeding moet worden betaald, zal deze lager zijn dan het bedrag van de geboekte winsten – er is sowieso een financieel voordeel.¹⁰⁸ De prikkel om rechtmatig te handelen en een vergoeding te betalen voor het gebruik van andermans persoonlijkheidsrechten valt enerzijds weg. Anderzijds is er, zelfs als er geen voordeel is, nog steeds de vermogensrechtelijke prikkel: er is, bij berekend gedrag, ook geen vermogensrechtelijk nadeel. Ook hier kunnen *punitive damages* een oplossing bieden: de winstmarge verkleint aanzienlijk door de verhoging van financiële druk¹⁰⁹, de vermogensrechtelijke positie verslechtert ten opzichte van het correct handelen en het ontradend effect zal, door een prikkelwerking, zijn (belangrijke) rol spelen.

§4. Lucratieve fouten in het commerciële domein

39. Naast lucratieve fouten met betrekking tot de eer en goede naam van personen en de exploitatie van iemands naam en portret en schending privéleven, wordt er vaak ook ‘gerekend’ bij mededingingsrechtelijke kwesties.

Kartelinbreuken en prijsafspraken kunnen immers veel geld opleveren. Publiekrechtelijke handhaving wordt verzekerd via de Europese Commissie of nationale mededingingsautoriteiten.¹¹⁰ Privaatrechtelijk gezien kunnen concurrenten van een overtreder benadeeld zijn door inbreuken op de mededingingsregels.¹¹¹ Ook een strijdigheid met de eerlijke handelspraktijken, in strijd met art. 95 WMPC, kan tot schade leiden.¹¹² De bedragen die de concurrentie verkrijgt bij een vordering op grond van art. 1382 BW bij bijvoorbeeld een weigering tot contracteren, op basis van normschending¹¹³ of wegens derdemedepllichtigheid aan andermans contractbreuk¹¹⁴, blijven echter beperkt tot de schade die de concurrentie leed. De winst die de overtreder maakte, mag hij echter behouden. De schade zal daarenboven vaak beperkt zijn, aangezien er sprake kan zijn van strooischade.¹¹⁵ Zulke inbreuken treffen daarenboven niet enkel de andere spelers op de markt maar ook de consumenten. De privaatrechtelijke handhaving ten voordele van deze consument is, op grond van art.

¹⁰⁶ Dit is anders voor informatieve doeleinden: zie 2 voorgaande voetnoten en Rb. Brussel 18 november 2010, *AM* 2011, afl. 1, 96; Rb. Hasselt 19 december 2003, *AM* 2004, afl. 4, 388 en Rb. Brugge 27 juni 1994, *RW* 1994-95, 473. Zie ook D. VOORHOOF en P. VALCKE, *Handboek Mediarecht*, 217-220.

¹⁰⁷ Antwerpen 5 mei 2003, *NJW* 2003, afl. 48, (1193) 1194, noot J. DEENE en A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN en G. JOCQUÉ, “(Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling) Algemene beginselen”, *TPR* 2007, afl. 2, (941) 964-966.

¹⁰⁸ B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 174-175.

¹⁰⁹ T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 575-576. Over het algemeen bepleit de auteur deze problematiek als storend: T. HARTLIEF, “Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de toekomst)?” in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 835-836. Zie ook E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1752 en D. FASQUELLE en R. MÉSA, *l.c.*, *RGAR* 2004, nr. 13949, nr. 47.

¹¹⁰ T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, afl. 239, (198) 198-201.

¹¹¹ De contractrechtelijke aspecten hiervan blijven buiten beschouwing, o.a. de nietigheid en de ontbinding als partij die kan gevorderd worden. Zie hierover: C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 318-320 en 323.

¹¹² Art. 95 Wet 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming (WMPC), *BS* 12 april 2010: “Verboden is elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden.” Dit doet denken aan de gemeenrechtelijke mededingingsregels: C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 330-332 en T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, *l.c.*, *NJW* 2011, afl. 239, (198) 202. Het onrechtmatig karakter van een schending hiervan staat echter hoe dan ook vast, bij het oogpunt een ander schade te berokken, wat per definitie het geval is bij een lucratieve fout.

¹¹³ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 323.

¹¹⁴ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 362.

¹¹⁵ T. HARTLIEF, *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 773 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 111 en verwijzingen aldaar.

1382 BW in een pre- of postcontractuele fase¹¹⁶, onvoldoende in staat om diens belangen te beschermen. Wanneer een contract is gesloten met schending van deze mededingingsregels, kan de consument dit wel nietig laten verklaren, doch de algemene impact van dergelijke sanctie blijft beperkt.¹¹⁷ Ook hier geldt het probleem van strooischade: elke consument lijdt maar een beetje schade door prijsafspraken, maar samen maakt dit veel uit.¹¹⁸

De drempels zijn dus is het algemeen te hoog en de voordelen te klein. De ‘valsspelers’ op de markt kunnen zo relatief vrij hun gang gaan. De Europese Commissie spoorde reeds aan tot een verbeterde private afdwinging van het mededingingsrecht¹¹⁹, zelfs met de suggestie van *punitive damages* in haar Groenboek, maar stapte naderhand in haar Witboek van 2008 af van de invoering hiervan.¹²⁰ Ook de WMPC remedieert slechts ten dele aan deze problematiek.¹²¹ De vraag rijst of deze *punitive damages* nu niet net datgene zijn wat nodig is om die extra stimulans te geven aan de marktspelers en de belangen van concurrenten en consumenten te beschermen.

40. Dezelfde problematiek is voorhanden bij de schending van intellectuele eigendomsrechten.¹²² Daar gebruikt men bijvoorbeeld vaak andermans merknaam, direct of indirect, om de verkoop van eigen goederen te bevorderen, ook al beseft men dat dit andermans rechten schendt.¹²³ Namaak is eveneens een gekend probleem, waarbij winstbejag het correct juridisch handelen overschaduwet.¹²⁴ Ook bij octrooien speelt dit idee.¹²⁵ Auteursrechten worden eveneens regelmatig geschonden.¹²⁶ De regel van de integrale schadevergoeding geldt in dit geval, waarbij de gederfde concrete winst in acht wordt genomen.¹²⁷ Bij grote moeilijkheid tot vaststelling van dit bedrag is een begroting *ex aequo et bono* eveneens mogelijk.¹²⁸

In de Benelux is wel een regeling opgenomen om dergelijke inbreuken tegen te gaan, m.n. een wettelijke vorm van winstafdracht in geval van kwade trouw.¹²⁹ Toch blijft de juridische stimulans echter beperkt: de

¹¹⁶ B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 198.

¹¹⁷ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 36.

¹¹⁸ J. BOOT, “Privaatrecht & boete. Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging”, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 203 en T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, *l.c.*, *NJW* 2011, afl. 239, (198) 207-208. Zie echter *infra*, nr. 82, voetnoot 236.

¹¹⁹ Reeds vroeger ondersteunde het Hof van Justitie deze visie in *Von Colson en Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* (1984) ECR 1891; *Courage Ltd. v Crehan* (2001) ECR I-6297 en *Manfredi v Lloyd Adriatico* (2006): C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 320-325; M. HAZELHORST, “Private enforcement of EU competition law: why punitive damages are a step too far”, *ERPL* 2010, afl. 4, (757) 762-764; T. SCHOORS, T. BAEYENS en W. DEVROE, *l.c.*, *NJW* 2011, afl. 239, (198) 200-201 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 37-39 en 39-41.

¹²⁰ Onder de naam van “*double damages*”, ter aansporing van medewerking aan de afdwinging voor het mededingingsrecht, vooral met het oog op rechtshandhaving veel meer als bestraffing: C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 837-839; P.C. ADRIAANSE, en J. APPELDOORN, “Schade door prijsafpraak. De NMA als scheidsman en *damnum emergens* als bestuursrechtelijk begrip?”, *NJB* 2007, afl. 17, (1051) 1054; T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, “Het EVRM-kader voor invoering van *punitive damages* in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?”, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 277-278; J. BOOT, *l.c.*, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 203; M. HAZELHORST, *l.c.*, *ERPL* 2010, afl. 4, (757) 758-760 en 765-767; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 110-112; T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 576; B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 194-198; C. VANLEENHOVE, “Punitive Damages and European Law: *Quo Vademus?*” in *The Power*, (337) 347-348 en A.O. GONZÁLEZ, “Punitive Damages for Cartel Infringements: Why Didn’t the Commission Grasp The Opportunity?” in *The Power*, (437) 445.

¹²¹ De vordering tot staking op grond van artt. 110-118 WMPC is hierbij wel van belang, *om de winst in te perken*: C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 326-327. Nochtans wordt deze ‘beperkte’ winst niet in acht genomen bij de raming van de schadevergoeding.

¹²² C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 811-813; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 352-353 en 357-358; B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 189-194 en E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 231-232. Over het algemeen inzake rechtshandhaving: J. DEENE, “Intellectuele rechten kroniek 2005”, *NJW* 2006, afl. 145, (530) 530-550.

¹²³ Met betrekking tot het onrechtmatig gebruiken van de naam ‘champagne’ voor parfum: B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1641.

¹²⁴ Zie voornamelijk in Frankrijk: C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 811-812.

¹²⁵ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 811. De gerechtskosten blijven hier buiten beschouwing.

¹²⁶ Art. 86bis §1 Wet 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *BS* 27 juli 1994: recht op vergoeding van elke schade die hij lijdt door inbreuk op auteursrecht of naburig recht. Expliciete afwijzing van *punitive damages*: B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 190 en *Rb.* Brussel 30 mei 2003, *AM* 2004, afl. 4, 337.

¹²⁷ B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 190-192.

¹²⁸ B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 192-193. Voor een voorbeeld: Gent 19 januari 2009, *AM* 2009, 384, noot J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE.

¹²⁹ Op grond van artt. 2.21.2 en 3.17.2 Benelux-Verdrag 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), *BS* 26 april 2006, vroeger art. 13.A.°4-°5 Eenvormige Beneluxwet 19 maart 1962 op de merken, *BS* 14 oktober 1969 en art. 14.3.24 Eenvormige Beneluxwet

winst moet worden afgedragen, maar een echt nadeel lijdt de schadeverwekker niet. Hij nam immers ook initieel geen zware investeringen op zich – het gaat louter om restitutie.¹³⁰ Ook spelen bij *punitive damages* meer elementen een rol dan enkel de gemaakte winst en kan een vordering tot toekenning ervan enkel bijkomend worden ingesteld, i.t.t. de vordering tot winstafdracht die als afzonderlijke vordering in het recht erkend wordt.¹³¹ Het lucratief aspect, minstens het niet-nadelig effect, van dergelijke redenering overwint dus het moreel en juridisch besef. In de rechtspraak zijn dan ook tendensen waar te nemen waarbij men voorzichtig een straffend en ontradend effect wil creëren.¹³² *Punitive damages* kunnen als oplossing aangereikt worden.

41. Ook in het productaansprakelijkheidsrecht is een lucratieve fout niet ondenkbaar.¹³³ Een voorbeeld maakt dit duidelijk.¹³⁴ Een wereldwijde cosmeticaproductent heeft weet van mogelijks schadelijke gevolgen van zijn schoonheidsproduct, maar weet dat slechts bepaalde huidtypes hieraan onderhevig zijn. Wereldwijd de producten terugroepen zou financieel tot catastrofale gevolgen leiden. Daarom besluit de producent bewust de *recall* na te laten en de individuele schadeclaims, waarvan de omvang kleiner is dan de financiële gevolgen van de wereldwijde *recall*, op zich te nemen. Hier is dus sprake van een nalaten met bewuste miskenning van andermans rechten, nl. op fysieke integriteit, doch met materieel voordeel. De berekening door de producent is snel gemaakt, en ook hier wordt moraliteit en schuldbesef verdrongen door geldelijk gewin. *Punitive damages* zouden, in dergelijke situaties, een ommekeer in mentaliteit teweeg kunnen brengen.

42. Eenzelfde problematiek is reeds opgemerkt bij milieuvervuiling (cf. *supra*, nrs. 28-29). Ook daar speelt de lucratieve fout een belangrijke rol, met normovertredingen tot gevolg. Gebrekkige publieke handhaving remt inbreuken niet voldoende af, zodat de oplossing buiten het publiek recht moet worden gezocht. Het privaatrecht en *punitive damages* dienen zich aan.

25 oktober 1966 inzake tekeningen en modellen, *BS* 20 december 1973, aangehaald in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 813. Hieraan is echter ook een punitieve aard gekoppeld: Hoge Raad 18 juni 2010, *BIE* 2010, afl. 10, 378, noot C. VAN NISPEN. Belgische wetten met winstafdracht: art. 52 §5 Wet 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, *BS* 9 maart 1985; art. 36 §3 Wet 20 mei 1975 tot bescherming van kweekproducten, *BS* 5 september 1975; art. 13§3 Wet 10 januari 1990 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, *BS* 26 januari 1990; art. 86bis §3 Wet 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *BS* 27 juli 1994 en art. 12quater §3 Wet 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *BS* 14 november 1998, allen aangehaald in B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 193.

¹³⁰ Er kan verdedigd worden dat er meer dan de winst moet afgenomen worden: W.H. VAN BOOM, "Effectuerend handelen in het privaatrecht", *NJB* 2007, afl. 16, (982) 989.

¹³¹ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1651.

¹³² Rb. Gent 10 februari 2007, *IRDI* 2007, 13, noot F. PETILLON; Rb. Kortrijk 20 april 2004, *AM* 2005, afl. 1, 57 en Rb. Brussel 24 juni 1999, *AM* 2001, afl. 3, 373, noot. Dit wordt afgekeurd door Cassatie: Cass. 13 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1254. Zie: B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 191-193.

¹³³ E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1756 en F. BAUMANN en T. FRIEHE, "Punitive damages in oligopolistic markets", 2011, www.ecpol.vwl.uni-muenchen.de, 2-6 en 24-25.

¹³⁴ In dit voorbeeld kan de Wet Productaansprakelijkheid (Wet 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *BS* 22 maart 1991), de Wet Productveiligheid (Wet 9 februari 1994 betreffende de veiligheid van consumenten, *BS* 1 april 1994) en KB 15 oktober 1997 betreffende cosmetica, *BS* 16 januari 1998 (KB 17 juli 2012 betreffende cosmetische producten, *BS* 3 september 2012, ter uitvoering van Vo. 30 november 2009 betreffende cosmetische producten, *Pb.L.* 22 december 2009 is nog niet in werking getreden: art. 9§2 KB en art. 40 Vo (11 juli 2013)) besproken worden. Dit valt echter buiten het bestek van dit onderzoek. Vast staat dat de vergoeding van de schade relatief beperkt blijft, zowel in de zin van art. 1382 BW als op basis van art. 11 Wet Productaansprakelijkheid. Zie over de recall-problematiek en productaansprakelijkheid in het algemeen: D. VAN DE GEHUCHTE, *Productaansprakelijkheid in België*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 27-105; K. HANSSEN, "Product recall: (kinder)ziekten in producten en wetgeving", *Limb.Rechtsl.* 2001, afl. 1, (1) 1-33 en S. VAN CAMP, "Productveiligheid en Product recall", *TBH* 2010, afl. 6, (451) 451-488. Het onderscheid met Amerikaans recht is groot: L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 22-25.

§5. 'Drempelvrees'

43. Gelet op de over het algemeen lage veroordelingskans bij o.a. laster en eeroof, is het slachtoffer van een onrechtmatige daad vaak genoodzaakt zich te wenden tot de burgerlijke rechtbank als hij, als schadelijder, een vergoeding voor de geleden schade wil krijgen. De vraag rijst echter of de schadelijder dit wel doet, aangezien er toch wel enkele drempels zijn die de stap naar de rechtbank bemoeilijken.¹³⁵ Die drempels zorgen op hun beurt voor een lage veroordelingskans of 'pakkans', ook in het burgerlijk recht.¹³⁶

44. Vooreerst is er het hoge kostenplaatje dat hieraan verbonden is.¹³⁷ Naast rolrechten is er immers ook het – vaak ontzaglijk – ereloon dat aan een advocaat moet betaald worden. Sinds de invoering van art. 1022 Ger.W. wordt er slechts een bij koninklijk besluit¹³⁸ opgelegd forfaitair bedrag toegekend aan de winnende partij als bijdrage aan dit ereloon, de zgn. rechtsplegingsvergoeding. Het ereloon wordt zo niet meer ingecalculleerd in het globale bedrag van de schadevergoeding. De toegekende rechtsplegingsvergoeding volstaat echter niet om het ereloon te betalen. Het bedrag van de schadevergoeding dient vervolgens al voldoende hoog te zijn om uit de kosten te geraken. Bovendien zullen deze kosten betaald moeten worden, onafhankelijk van het behaalde resultaat.¹³⁹ Deze drempel kan echter gerelativeerd worden wanneer er sprake is van een rechtsbijstandsverzekering. Deze is echter niet verplicht, zodat de drempel voor de grote meerderheid wel speelt.

45. Daarenboven is vaak het sop de kool niet waard.¹⁴⁰ Niet alleen duurt het een geruime tijd eer een definitieve uitspraak ten gronde kan worden verkregen¹⁴¹, ook is het bedrag dat als schadevergoeding toegekend wordt zo laag dat het slachtoffer niet de tijd en moeite wil nemen om een procedure aanhangig te maken om een luttele vergoeding te verkrijgen. De nadelen aan een procedure, zoals ongewenste publiciteit, zijn dan te groot, vergeleken met de beperkte voordelen.¹⁴² Er is voor de schadelijder zo geen 'incentive' om een vordering in te stellen. Wanneer het mogelijk zou zijn dat een *punitive damage* wordt opgelegd aan de schadeverwekker die (minstens deels) ten gunste komt van de schadelijder, is de stimulans tot het aanhangig maken van een zaak groter, omdat dit ook kan lonen.¹⁴³ Op deze manier is niet enkel het individueel slachtoffer gebaat maar ook de maatschappij. Er wordt immers meer dan eens een signaal uitgezonden dat

¹³⁵ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 16-17 en 25-29; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 18-22 en L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 475-482. Uit cijfers van de Raad van Europa blijkt wel dat Belgen relatief vaak naar de burgerlijke rechter stappen: "An independant and impartial judicial system open to all – Efficiency of justice" - Evaluation Report (4th edition) of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (20 September 2012), <http://hub.coe.int/web/coe-portal/what-we-do/rule-of-law/efficiency-of-justice?dynLink=true&layoutId=34&dlgroupId=10226&fromArticleId> (2012), 175-178. Mijns inziens benadrukt dit enkel dat, in Continentaal-Europa, de drempels te groot zijn en men in België toch enige, zij het dan beperkte, claimbewustheid bezit.

¹³⁶ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 34; T. HARTLIEF, *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 776 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 42.

¹³⁷ J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 615; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 25-26; T. HARTLIEF, *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 770; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, "Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: situering, doelstellingen, krachtlijnen, kritiek en vooruitzichten" in UALS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (108) 125 (hierna verkort: *Verantwoordelijkheid en recht*); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 21 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 28-29.

¹³⁸ KB 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van de inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, *BS* 9 november 2007. Het bedrag is onderhevig aan indexatie.

¹³⁹ Dit verschilt van het Amerikaanse 'no cure no pay'-systeem of de 'contingency fee'.

¹⁴⁰ Zie gelijkaardig: C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 362-363.

¹⁴¹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 125-126 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 21.

¹⁴² J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 608 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 856.

¹⁴³ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 3-4 en 18. Zie echter contra, waarbij gesteld wordt dat de kosten alleen maar zouden verhogen: J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 616.

onrechtmatig handelen niet aanvaard wordt en er komt een verhoogde preventie, terwijl men vandaag enkel de schouderophalende mentaliteit kent.

46. Een buitengerechtigde afwikkeling van het schadegeval vindt vandaag de dag evenmin vaak plaats, omdat er geen dreiging is voor de schadeverwekker. Meestal is er een strafrechtelijke immuniteit en/of is de te betalen schadevergoeding eerder beperkt in omvang. Net om deze redenen is het voor de schadeverwekker veel eenvoudiger de aanklacht van het slachtoffer weg te lachen in plaats van te reageren en onderling tot een schadeherstel te komen. De mogelijkheid van *punitive damages* zou een dergelijke houding kunnen aanpassen, aangezien er plots wél een dreiging is en de schadeverwekker er alle belang bij heeft dit in der minne op te lossen.¹⁴⁴ Op die manier kan hij het te betalen bedrag beperken. Zelfs een buitengerechtigde afwikkeling kan aldus vereenvoudigd worden bij het voorhanden zijn van *punitive damages*.

§6. Functies van buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht

47. Om te kijken of er werkelijk een noodzaak is aan *punitive damages*, verdient het aanbeveling de functies van het aansprakelijkheidsrecht te bespreken¹⁴⁵ en te controleren of het recht in zijn huidige toepassingsvorm deze functies wel kan vervullen.

i) (Schade)vergoedende functie

48. Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht heeft als voornaamste doelstelling het vergoeden van de schade. Dit houdt in dat het aansprakelijkheidsrecht er voornamelijk op gericht is benadeelden te vergoeden voor de door hen geleden schade. Hoe deze functie concreet wordt ingevuld, wordt duidelijk bij de bespreking van de regel van de integrale schadevergoeding en het objectief herstel: de schade, en niets anders dan de schade, moet worden vergoed, en deze vergoeding moet juist en passend zijn (cf. *infra*, nrs. 107-108).¹⁴⁶ Het is dus duidelijk dat de klemtoon voornamelijk op het slachtoffer ligt en zijn schade.¹⁴⁷

49. Deze functie wordt sinds oudsher toegewezen aan het aansprakelijkheidsrecht en is dan ook onomstreden.¹⁴⁸ Vandaag de dag wordt aan deze functie meer en meer vorm gegeven door het inschrijven van objectieve aansprakelijkheden, die het mogelijk maken om een vergoeding te krijgen zonder het bewijs van

¹⁴⁴ F.E. MCGOVERN, "Punitive Damages and Class Actions", *Louisiana Law Review* 2010, vol. 70, (435) 437 en L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 480-481.

¹⁴⁵ Een opsomming met de losse hand wordt gevonden in H. COUSY, "Over aansprakelijkheidsrecht en verzekering: living together apart?" in X., *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (203) 208 (hierna verkort: *Liber Amicorum Walter van Gerven*); bestraffing, vergelding, herstel geschonden rechtsorde, implementatie gedragsregels, bescherming van rechten en belangen, erkenning en creatie van nieuwe rechten, herstel van geschonden rechten, vergoeding van schade, spreiding van kosten, allocatie van kosten, afschrikking, preventie, voorzorg, reductie van ongevallenkosten.

¹⁴⁶ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1642; A. VAN OEVELEN, "Enkele recente ontwikkelingen inzake schade en schadebegroting in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht" in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, (327) 343- 348; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 665 en verwijzingen aldaar en H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding*, 219.

¹⁴⁷ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1642 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 200. Zo ook in Nederland: J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 258.

¹⁴⁸ Ook het Europees Parlement beklemtoont deze functie bij grensoverschrijdende situaties: nr. 20 Resolutie Europees Parlement 2011/2089, 2 februari 2012 over "Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalsmechanismen", <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//NL>.

Ondanks het onomstreden karakter, dient er een kritische noot te worden toegevoegd. In België wordt immers uitgegaan van het primaire herstel *in natura*. Een schadevergoeding als herstel bij equivalent wordt enkel toegekend voor zover herstel *in natura* niet meer mogelijk is, of, wanneer dit wel mogelijk zou zijn, herstel *in natura* een vorm van rechtsmisbruik zou uitmaken (o.a. H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding*, 217-218). Logischer zou dus zijn dat de voornaamste functie een *herstellende functie* zou zijn. De feitelijke realiteit heeft echter de juridische realiteit ingehaald: bij een buitencontractuele aansprakelijkheid zal er zelden nog een herstel *in natura* mogelijk zijn. De enige optie die er dan nog rest, is deze van een geldelijke vergoeding, ter vervanging van het feitelijk herstel. De feitelijke realiteit haalt het dus van de juridische, ook bij het benoemen van de functie.

een fout, doch louter op basis van het bestaan van andere rechtsfeiten of aansprakelijkheidsfactoren. De schade wordt dan toegerekend aan een persoon die een bepaalde band heeft met het schadeverwekkende incident.¹⁴⁹ Deze aansprakelijkheden houden dus een waarborgverbintenis in ten opzichte van het slachtoffer en versterken zo de vergoedende functie.¹⁵⁰

50. Aangezien het debat over *punitive damages* hevig woedt in Nederland, is het wenselijk ook daar een blik te werpen op de erkende functies van het aansprakelijkheidsrecht. Daar heeft men eveneens voornamelijk een compensatoir doel voor ogen.¹⁵¹ Men wil de benadeelde herstellen in de toestand waarin hij zich zonder normschending had bevonden.¹⁵² Het gaat dus om een bescherming van de *status quo*.¹⁵³ Hetzelfde geldt voor de ‘*Principles of European Tort Law*’ (hierna: PETL)¹⁵⁴. Art. 10:101 bepaalt immers dat “*damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed.*”¹⁵⁵

ii) Schadespreidende functie

51. Schadespreiding wordt als nevenfunctie erkend. Deze functie houdt in dat de schade niet door een individu moet worden gedragen, maar door een ‘collectiviteit’ – wat tevens een vorm van kostenallocatie uitmaakt.¹⁵⁶ Deze functie is gewoon een feitelijke vaststelling die voortvloeit uit het gegeven van de juridische praktijk, veel minder dan dat het een doelstelling op zich zou zijn. Dit gegeven kan bovendien in aanvaring komen met de preventieve functie.¹⁵⁷

52. Ook in Nederland is deze functie erkend.¹⁵⁸

iii) Preventieve functie

53. Naast de principieel vergoedende functie, bepleit men ook de huidige erkenning van de preventieve functie.¹⁵⁹ Deze functie werd traditioneel reeds aan het aansprakelijkheidsrecht toegedicht, zij het ondergeschikt aan de vergoedende functie.¹⁶⁰ Deze preventie houdt in dat het aansprakelijkheidsrecht dient ter

¹⁴⁹ B. WEYTS, “Objectieve aansprakelijkheid” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, (371) 376.

¹⁵⁰ Art. 6:162 NBW: B. WEYTS, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (371) 378-379.

¹⁵¹ Bepaalde rechtsleer wil ‘*back to basics*’ en enkel deze functie erkennen: J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 809-811. Andere rechtsleer beklemtoont net dat het systeem meer wil dan dit: T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 812-814.

¹⁵² C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 821 en 839; J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 257-259 en A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding IV*, 8.

¹⁵³ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 4-5 en 14; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 811 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 7. Over de omvang van de vergoeding, cf. *infra*, voetnoten 343-346.

¹⁵⁴ Doordat deze PETL een uitdrukkelijk is van de ‘grootste gemene deler’ van het aansprakelijkheidsrecht van de Continentaal-Europese landen, is het de moeite een blik te werpen op dit instrument.

¹⁵⁵ Zie hierover ook: U. MAGNUS, “Commentary: Art. 10.101. Nature and Purpose of Damages” in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen, Springer-Verlag, 2005, (149) 150 (hierna verkort: *Principles*); C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 839 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 298.

¹⁵⁶ I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 203 en 211-213 (hierna verkort: *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*) en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 43. Zie ook L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damage*, (219) 236 en L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 473-474.

¹⁵⁷ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 9.

¹⁵⁸ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 11-12.

¹⁵⁹ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 305; L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 44-45 en E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 229. Zie bij een rechtsvergelijkend besluit: H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 291-293.

¹⁶⁰ H. COUSY, *l.c.* in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, (203) 208; J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 606-608; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 10-13 en 61; R.W.M. GIARD en W.H. VAN BOOM, “De empirische dimensies van zorgplicht. Kanttekeningen bij het *Skeeler-arrest* (HR 25 november 2005, JA 2006, 1, *RvdW* 2005, 132)”, *NTBR* 2006, afl. 8, (360) 366-367; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 112-114; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 7-9; B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 176-177 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 41-46.

voorkoming van schadegevallen.¹⁶¹ Dit wil zeggen dat de mogelijke toepassing van een aansprakelijkheidsregel potentiële schadeverwekkers ervan moet weerhouden schade te berokkenen: ze worden er door afgeschrikt.¹⁶² De sanctie van aansprakelijkheid zou er dus moeten toe aanzetten om af te zien van gedragingen of activiteiten die tot aansprakelijkheid leiden of tot het nemen van maatregelen waardoor het schadegeval kan worden vermeden.¹⁶³ Immers, doordat er een geldelijk gevolg kan gekoppeld worden aan een onzorgvuldige handeling, worden personen gedwongen na te denken alvorens te handelen en zich over hun handelen te beraden.¹⁶⁴ Deze functie hangt dus samen met een handhavende, die tot gevolg heeft dat de opgelegde aansprakelijkheidssanctie strekt tot ontmoediging om een norm te schenden door hetzij potentiële schenders een nadeel in het vooruitzicht te stellen, hetzij hen voor te houden dat het voordeel dat zij hadden door de normschending zal worden weggenomen.¹⁶⁵

54. Toch is deze preventieve functie eerder omstreden¹⁶⁶ of wordt er alleszins minder aandacht aan besteed¹⁶⁷. Als bijproduct wordt dit, zelfs door tegenstanders, nochtans wel erkend.¹⁶⁸ Om effectief een zelfstandige preventieve werking te hebben, is het van belang dat er een band is tussen het gedrag en de vergoeding. Doordat het merendeel van de aansprakelijkheden eerder gedekt is door een aansprakelijkheidsverzekering, valt deze werking *op het eerste zicht* weg op grond van ‘*moral hazard*’.¹⁶⁹ Toch mag dit niet te snel geconcludeerd worden. Door een degelijk segmenteringsbeleid¹⁷⁰ en een premie-aanpassing, het inbouwen van een franchise¹⁷¹, het verbod op verzekeraarbaarheid van opzettelijke fouten en het beperkend opsommen van zware fouten die van dekking uitgesloten zijn¹⁷², kan van deze verzekering immers eenzelfde preventieve werking uitgaan.¹⁷³ Daarnaast is er, zelfs als de verzekering de schadevergoeding dient te betalen, nog wel het gehele proces dat moet doorlopen worden, de tijd en de moeite die hier bij hoort, de psychologische last alsook eventuele reputatieschade die de preventieve werking ten goede komen.¹⁷⁴ Ook de schadespreidende functie kan, op dit vlak, het preventief karakter dus niet ondergraven.

¹⁶¹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 7.

¹⁶² O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1807-1808; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1648 en T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 570.

¹⁶³ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, 11.

¹⁶⁴ Zie contra: E. HULST, *l.c.*, *TMA* 2004, afl. 6, (199) 202.

¹⁶⁵ J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 254.

¹⁶⁶ H. COUSY, *l.c.* in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, (203) 208; J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 606-608 en 611; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 10-13 en 61; R.W.M. GIARD en W.H. VAN BOOM, *l.c.*, *NTBR* 2006, afl. 8, (360) 366-367; W.H. VAN BOOM en M. FAURE, “Introducing “Shift in Compensation Between Private and Public Systems”” in W.H. VAN BOOM en M. FAURE (eds.), *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, Wenen, Springer-Verlag, 2007, (1) 9 (hierna verkort: *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 112-114; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 7-9; B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 176-177 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 41-46.

¹⁶⁷ B. WEYTS, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (371) 377-378.

¹⁶⁸ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 306.

¹⁶⁹ T. HARTLIEF en R.P.J.L. TJJITES, “De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid: Privaatrechtelijke aspecten” in R. VAN DEN BERGH, M. FAURE en T. HARTLIEF (eds.), *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, Lelystad, Koninklijke Vermandere, 1990, (55) 64-65 (hierna verkort: *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 113 en C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 315. Zie hierover: G. WAGNER, “(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems” in *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, (87) 95-98.

¹⁷⁰ H. COUSY, *l.c.* in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, (203) 217-219; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 842-844; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 84-86 en P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 12-15 (hierna verkort: *Algemene beginselen*).

¹⁷¹ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 428.

¹⁷² Art. 8 Wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *BS* 20 augustus 1992.

¹⁷³ T. HARTLIEF en R.P.J.L. TJJITES, *l.c.* in *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, (55) 64; H. COUSY, *l.c.* in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, (203) 210-211; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1644; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 113-114; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 8-9 en E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 416. Zie ook: G.L. PRIEST, “Insurability and Punitive Damages”, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1020-1026.

¹⁷⁴ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 9.

55. Doordat geen rekening mag worden gehouden met de zwaarte van de fout, brengen tegenstanders in dat er van een echte preventieve functie geen sprake kan zijn. De soevereine beoordeling van de rechters past hier echter een mouw aan (cf. *infra*, nr. 108).

56. Als kritiek wordt ook vaak geuit dat de preventieve werking dient om de overtreding van bepaalde normen tegen te gaan.¹⁷⁵ Door de wildgroei van regels zou de preventieve werking echter bij voorbaat ondergraven zijn: geen enkele niet-jurist kent immers deze regels.¹⁷⁶ Ook deze kritiek kan worden weerlegd. Vaak komt aansprakelijkheid immers neer op het overtreden van een algemene zorgvuldigheidsnorm. Deze norm verlangt van elkeen dat men zich gedraagt als een normaal, zorgvuldig en vooruitziend persoon, zoals een goede huisvader. Het lijkt dan ook kras dat een niet-jurist deze regel niet in acht zou nemen: het gezond verstand noopt tot dergelijke houding.

57. Daarnaast lijkt ook de beoordeling *ex post* een drempel te zijn.¹⁷⁷ Strafrecht is voornamelijk *ex ante* gericht op de bescherming van het algemeen belang en de handhaving ervan, veeleer dan achteraf, *ex post*, de inbreuken te bestrijden.¹⁷⁸ Nochtans kan deze opmerking niet van doorslaggevend belang zijn. Ook in het privaatrecht zijn regels van dwingend recht en openbare orde immers gericht op het *ex ante* beïnvloeden van het gedrag.¹⁷⁹ *Punitive damages* zouden dit tegenargument daarenboven geheel kunnen ondergraven, doordat de *ex post*-toekenning ervan een *ex ante*-prikkel kan bewerkstelligen.¹⁸⁰

58. Ondanks de kritiek, lijkt de erkenning van de preventieve functie toch stand te houden. Dit kan ook worden ondersteund door de invoering van objectieve aansprakelijkheden: de band tussen de risicofactor en de aangesprokene is vereist.¹⁸¹ Dat deze preventieve functie eerder van zwakke aard is, kan niet worden ontkend wanneer gekeken wordt naar de drempel die schadelijders ondervinden. Een versterking van deze functie dient zich dus aan.

59. Deze functie wordt daarenboven ook erkend in Nederland¹⁸² alsook in art. 10:101 PETL: “(...) *Damages also serve the aim of preventing harm*”¹⁸³.

iv) *Bestraffende en ontradende functie*

60. De straffende functie van het aansprakelijkheidsrecht behelst een repressieve kant.¹⁸⁴ Doordat een schadevergoeding moet worden betaald, voelt de schadeverwekker dit aan als een straf: hem wordt ‘leed’

¹⁷⁵ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 8-9.

¹⁷⁶ J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 279-281.

¹⁷⁷ ‘... als nadeel dat het als mosterd na de maaltijd komt’: E. HULST, *l.c.*, *TMA* 2004, afl. 6, (199) 202. Zie ook: T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 54.

¹⁷⁸ B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 199.

¹⁷⁹ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 305-306. Het *ex post*-perspectief is wel nog dominant: W.H. VAN BOOM, *l.c.*, *NJB* 2007, (982) 986-987 en T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 570.

¹⁸⁰ W.H. VAN BOOM, *l.c.*, *NJB* 2007, afl. 16, (982) 985 en 989 en S. VAN DEN DIKKENBERG, “Een privaatrechtelijk instrument ontrafeld: De theorie en empirie achter punitive damages”, 2010, <http://arno.uvt.nl>, 2.

¹⁸¹ B. WEYTS, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (371) 378.

¹⁸² C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 822 met verwijzing naar E.J. MACKAY, R.W. HOLZAUER, E. VAN SCHILFGAARDE, A. NENTJENS, J. DIJKSTRA en G.E. LANGEMEIJER; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 10-11 en 30 en A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding IV*, 9. Toch blijkt enige discussie te bestaan: T. HARTLIEF en R.P.J.L. TJITTES, *l.c.* in *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, (55) 63; O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1809; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 12-13 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 8-10. Een pleidooi ter versteviging van deze functie: O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1807-1808.

¹⁸³ U. MAGNUS, *l.c.* in *Principles*, (149) 150-153; C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 839; H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 287 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 46-47.

¹⁸⁴ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 112 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 7.

toegebracht. Hijzelf wordt immers in de beurs getast voor zijn schadeverwekkende daden, waardoor hij in de toekomst, gelet op dit voorgaande feit (en daarvan verschilt het van de preventieve functie), zich zal beraden.

Bestrafing en afschrikking of ontrading gaan dus hand in hand: de beteugelende werking is immers het gevolg van een eerdere bestraffing. Het punitieve, repressieve karakter schuilt in het feit dat de sanctie voornamelijk afhangt van dadergerichte eerder dan van slachtoffergerichte elementen.¹⁸⁵

61. Het Belgische recht staat echter afkerig tegenover het toekennen van private straffen. Straffen behoort immers tot de prerogatieven van de overheid: in private verhoudingen kan hier geen sprake van zijn. Het Hof van Cassatie sprak zich dan ook expliciet in deze richting uit bij de beoordeling van de begroting van morele schadevergoeding.¹⁸⁶ De straffende functie van het aansprakelijkheidsrecht wordt dan ook niet erkend.¹⁸⁷ De ontradende functie wordt slechts erkend als gunstig neveneffect.¹⁸⁸

Een bestraffende functie zou nochtans tot gevolg kunnen hebben dat de bevolking het vertrouwen herwint in de bestaande maatschappelijke orde.¹⁸⁹ Een radicale afwijzing is dus gevaarlijk: deze functie mag zeker niet zomaar als ontoelaatbaar worden beschouwd.

62. Ook hier is het wenselijk een blik op Nederland te werpen. Uitgangspunt is dat een bestraffende functie niet erkend wordt in het Nederlands recht.¹⁹⁰ Toch is het beter de blik te verruimen. In Nederland kent men morele schadevergoeding slechts toe in een limitatief aantal opgesomde gevallen¹⁹¹, waarvan één categorie deze is die een recht op vergoeding van immaterieel nadeel instelt in gevallen waarin de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen. De voornaamste doelstelling is deze van genoegdoening, dus herstel van het rechtsgevoel van de schadelijder.¹⁹² Deze functie op zich wijst volgens sommige rechtsgeleerden echter al op een vorm van bestraffing.¹⁹³ Om de omvang van de schadevergoeding te bepalen, wordt immers rekening gehouden met elementen eigen aan de onrechtmatige daad en de schadeverwekker, zoals de ernst van de onrechtmatige gedraging, het al dan niet intentioneel karakter van de gedraging, de economische situatie van de schadeverwekker, ... Punitieve elementen worden dus, ondanks de slechts beperkte toekenning van morele schadevergoeding, meer oprecht erkend in het Nederlands recht dan in het Belgische recht.¹⁹⁴ Nochtans stelt Nederlandse rechtsleer de effectiviteit van deze

¹⁸⁵ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 802-803.

¹⁸⁶ Cass. 14 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991, 855 en *Pas.* 1992, I, 798.

¹⁸⁷ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 48-49. Zie echter contra in Frankrijk: P. LE TOURNEAU en L. CADDIET, *Droit de la Responsabilité*, Parijs, Dalloz, 1996, 12, nr. 30 en P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2008, 26-27, nr. 45 (hierna verkort: *Droit de la responsabilité et des contrats*).

¹⁸⁸ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 43.

¹⁸⁹ B. VANLERBERGHE, "De toetsing van sancties door de rechter: algemeen kader" in *Toetsing van sancties*, (1) 4.

¹⁹⁰ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 9.

¹⁹¹ Art. 6:106 lid 1 NBW:

"Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding:

a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;

b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast;

c. indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam."

Zie hierover: A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, II*, Deventer, Kluwer, 2009, 116-123 (hierna verkort: *Mr. C. Assers Handleiding II*).

¹⁹² A. VERHEIJ, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 78; O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, (1807) 1809 en R. VAN SCHAIK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 169.

¹⁹³ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies uitgebracht door de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 1993, 63, aangehaald in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 822-823.

¹⁹⁴ E. TORRICO, "Punitive Damages in Nederland: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht! – Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten", 2009, <http://arno.uvt.nl>, 13-14, spreekt over punitieve elementen in deze bepaling. Zie echter

bepaling in vraag.¹⁹⁵ Ook wordt uitdrukkelijk de vraag gesteld of het aansprakelijkheidsrecht niet meer ‘tanden’ moet kunnen krijgen.¹⁹⁶ Daarenboven werd recent in een zaak van internationaal privaatrecht beslist dat het feit dat het Nederlandse recht geen expliciete punitieve schadevergoeding kent, niet betekent dat deze vorm van schadevergoeding strijdig zou zijn met hun openbare orde.¹⁹⁷ Hoewel men dus in beginsel terughoudend is, zijn er voldoende punitieve elementen in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht aanwezig.

63. De PETL daarentegen wenst de punitieve functie van het aansprakelijkheidsrecht niet te erkennen, maar duidt wel op de moeilijke scheidingslijn tussen het punitieve en preventieve karakter – dit terzijde.¹⁹⁸

v) *Reglementerende, normatieve, normerende functie en handhaving*

64. De moderne rechtsleer leest tevens een reglementerende, normatieve of normerende functie in het aansprakelijkheidsrecht.¹⁹⁹ Hierbij krijgt het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol toegewezen in de handhaving, bescherming en vernieuwing van de maatschappelijke orde.²⁰⁰ Het zorgt immers voor het afdwingen van de naleving van bestaande rechtsregels en leidt tot de uitwerking van nieuwe regels.²⁰¹ Het gaat dus over normstelling en het maatschappelijk afkeuren van verwijtbaar gedrag als ordenende functie.²⁰² Dit alles kan gelezen worden in het licht van de visie die dit omschrijft en promoot als de instrumentele functie van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij rechtshandhaving en in mindere mate gedragsbeïnvloeding voorop worden gesteld, als een bijdrage aan het systeem veeleer dan een koppeling aan concrete problemen.²⁰³ Het is nl. net op rechtshandhaving dat veel problemen rijzen, zodat het ook niet hoeft te verwonderen dat deze functie zijn opmars maakt. Gedragsbeïnvloeding is hiervan een gevolg en hangt samen met preventie.²⁰⁴

65. Ondanks de belangrijke rol die het aansprakelijkheidsrecht op dit vlak kan spelen, wordt deze functie vandaag de dag nochtans te weinig erkend – het is slechts een ‘bijrol’ of een ‘neveneffect’ van het aansprakelijkheidsrecht.²⁰⁵ Men heeft immers traditioneel een afkeer ten aanzien van deze functie, die vooral gelinkt wordt aan *punitive damages*.²⁰⁶ Het is nochtans onlogisch afkeurend te staan ten aanzien van een bepaalde functie van het recht, omdat de pleitbezorgers ervan traditioneel niet in ons rechtssysteem ingepast

contra, die stellen dat er geen punitieve elementen in dit artikel zitten: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Vergelding als schadevergoeding”, *NJB* 1990, afl. 14, (513) 518-519 en O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1813.

¹⁹⁵ R. VAN SCHAİK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 172-173.

¹⁹⁶ Aangehaald in E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 213.

¹⁹⁷ Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam nr. 513810/KG ZA 12-417 15 juni 2012, *NIPR* 2012, afl. 3, 457. Zie echter *contra*: Rb. Utrecht 308963/HA ZA 11-1337 8 februari 2012, www.rechtspraak.nl.

¹⁹⁸ Zie hierover C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 839.

¹⁹⁹ E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 213 en B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1649 met verwijzing naar CORNELIS.

²⁰⁰ W.H. VAN BOOM, *l.c.*, *NJB* 2007, afl. 16, (982) 985-989; T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht” *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 770-771; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 115 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 10 en verwijzingen aldaar.

²⁰¹ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 315.

²⁰² I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, 203 en 206-208.

²⁰³ T. HARTLIEF, “Leven in een claimcultuur” *l.c.*, *NJB* 2005, afl. 16, (830) 831; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 831-832; T. HARTLIEF, *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 770-771; J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 796-799 (wel: tegenkanting: 805-809); T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 566-568; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 49-52; J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 251-254 en 278-279; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 306-307 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 15, 36 en 41.

²⁰⁴ M. FAURE en T. HARTLIEF, “Het kabinet en de claimcultuur”, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2010 en J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606.

²⁰⁵ Dit zou beter worden vervuld door het strafrecht, zo zegt men. T. HARTLIEF, *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 771-772; J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 257-258; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 315 en T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 570-571.

²⁰⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 10.

worden. Doordat het debat rond deze pleitbezorgers echter ook aangezwengeld wordt, is de afkeer allerminst houdbaar. Bovendien wordt over het algemeen de functie van rechtshandhaving in een nieuw licht geplaatst, gelet op voormelde knelpunten.²⁰⁷ Een radicale afwijzing lijkt achterhaald te zijn. Hoewel men in het privaatrecht immers initieel de bescherming van subjectieve rechten nastreeft, kan een sanctie zorgen voor een grotere naleving van het objectief recht, waardoor een functie van (preventie en) rechtshandhaving kan onderschreven worden.²⁰⁸ Het aansprakelijkheidsrecht kan zo effectuerend werken, wanneer het bijdraagt aan de verwezenlijking van de aan de materiële regel ten grondslag liggende doelen, waardoor er dus vaak een link is met de preventieve functie.²⁰⁹ De privaatrechtelijke rechtshandhaving zou op die manier een ondersteuning, aanvulling en verbetering van het strafrecht kunnen zijn.²¹⁰ Er is bovendien geen ander vergoedingssysteem gekend dat de maatschappij op dergelijke wijze kan vormen, omvormen en verfijnen als het aansprakelijkheidsrecht. Door de invoering van *punitive damages* zou er ten volle kunnen ingezet worden op deze functie, zoals ook moderne rechtsleer bepleit, en kan zij naar waarde gevalideerd worden. Als er immers niemand de moeite neemt om een onrechtmatige daad aan de rechter voor te leggen, vindt er geen handhaving plaats, dus de drempelverlaging door beloningsverhoging is een nuttig en noodzakelijk gegeven.²¹¹

66. In Nederland heeft bepaalde rechtsleer zijn twijfels over de houdbaarheid van de functie van rechtshandhaving van het privaatrecht en dus het aansprakelijkheidsrecht: deze handhaving zou niet efficiënt of effectief zijn.²¹² Andere rechtsleer wil net inzetten op deze functie, in de domeinen waar de prikkelwerking groot is door gebrek aan andere regelsystemen en ‘incentives’, dus waar een handhavingstekort heerst.²¹³ Er beweegt dus heel wat rond deze functie.

vi) *Emotionele functie*

67. Schadelijders zelf hechten waarde aan de emotionele kant van het claimen.²¹⁴ Ze zien voor het aansprakelijkheidsrecht een rol van ‘schuld en erkenning’ weggelegd²¹⁵ en zelfs een vorm van wraak²¹⁶. Op

²⁰⁷ Zie over het algemeen: W.H. VAN BOOM, *l.c.*, *NJB* 2007, afl. 16, (982) 982-991; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 303-366 en J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 249-302.

²⁰⁸ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 307.

²⁰⁹ W.H. VAN BOOM, *l.c.*, *NJB* 2007, afl. 16, (982) 982.

²¹⁰ T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht” *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 777; T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 2009, afl. 25, (1553) 1553 en C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 306-307. Rechtsvergelijkend: H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 293-294.

²¹¹ W.H. VAN BOOM, *l.c.*, *NJB* 2007, afl. 16, (982) 988.

²¹² W.H. VAN BOOM, “Iets over handhaving in het privaatrecht”, *WPNR* 2008, afl. 6772, (765) 766; J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 796-799 en 805-809 en J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 300.

²¹³ Er wordt op gewezen dat ook beleidsmakers deze functie mee in acht nemen: O.A. HAAZEN, “Amerikaanse toestanden. Qui tam”, *NJB* 2006, afl. 21, (1156) 1158; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 831-832; T. HARTLIEF, “Gij zult handhaven!” *NJB* 2007, afl. 15, 915 (verwijzing naar VAN BOOM); J. BOOT, *l.c.*, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 202; T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht” *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 770-772; T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 2009, afl. 25, 1553; T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 566-568 en 571 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 49-52 en 55-57.

²¹⁴ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 816-818; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 12-15 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 43.

²¹⁵ M.A.B. CHAO-DUIVIS, *l.c.*, *NJB* 1990, afl. 14, 513-520; C.M.C. VAN ZEELAND, Y.P. KAMMINGA en J.M. BARENDRECHT, “Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan”, *NJB* 2003, afl. 16, (818) 822-827; G. VAN MAANEN, “De rol van het (aansprakelijkheids)recht bij de verwerking van persoonlijk leed. Enkele gedachten naar aanleiding van het experiment in het Veterans Affairs Medical Centre in Lexington USA” in G. VAN MAANEN (ed.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, (1) 3-5; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 6; T. HARTLIEF, “Van aalmoes naar aanspraak. Weg met het personenschaderecht?” in T. HARTLIEF en S. LINDENBERGH (eds.), *Tien penne streken over personenschade*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, (1) 15 (hierna verkort: *Tien penne streken*); S.D. LINDENBERGH, “Tranen met duiden. Over het paradoxale karakter van het smartengeld” in *Tien penne streken*, (147) 151-153; C. SIEBURGH, “Recht en verdriet, het is en blijft een ongemakkelijke combinatie” in *Tien penne streken*, (57) 62-66; J. MULDER, “Hoe schadevergoeding kan leiden tot gevoelens van erkenning en gerechtigheid”, *NJB* 2010, afl. 5, (293) 294-296 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 176.

²¹⁶ J. SCHMIT, S. PRITCHET en P. FIELDS, *l.c.*, *The Journal of Risk and Insurance* 1988, (453) 455-456.

die manier verwachten ze dus meer dan enkel vergoeding: ze verwachten gerechtigheid. Doordat een aansprakelijkheid wordt vastgesteld, wordt de schuld²¹⁷ van de schadeverwekker vastgesteld en wordt erkend dat een onrechtmatige daad als in hun voorliggend geval niet door de beugel kan: het geeft een antwoord op de “schuldvraag”.²¹⁸ Schadelijders vinden hierin troost en het helpt hen bij het verwerkingsproces van de problemen en het eventueel verdriet, ontstaan door het schadegeval. Hun rancune en het gevoel dat de andere niet ‘onbestraft’ mag blijven, krijgen een plaats.²¹⁹ De vergoedende functie schiet hierbij ter hulp, daar ook de schadeverwekker de erkenning meteen voelt. Hij moet immers betalen voor de hen toegebrachte schade, waardoor ook hijzelf zijn foutief gedrag dient te erkennen, en niet enkel de bredere maatschappij.

68. Deze functie zal slechts beperkt van toepassing zijn bij objectieve aansprakelijkheden, aangezien deze geen fout vereisen, doch enkel een ‘risico’. Op zich kan het voor de schadelijder alsnog bevredigend zijn, aangezien hij/zij op deze manier vergoed wordt door diegene die het risico geschapen heeft waaruit schade in zijne hoofde is voortgevloeid.

69. Nadeel aan de regel van het objectief herstel, die de basis vormt voor de schadebegroting, is dat er geen rekening mag worden gehouden met de zwaarte van de fout van de schadeverwekker, waardoor de schadelijder emotioneel in de kou blijft. Doordat rechters dit vaak wel doen, bedekt met de mantel der soevereine beoordeling van de integrale schadevergoeding, wordt hieraan tegemoet gekomen.²²⁰ Deze functie wordt dus impliciet erkend naar Belgisch recht, zonder dat er veel aandacht wordt aan besteed. Het is eerder een feitelijke vaststelling, zonder een doel op zich te zijn.

70. Het is vooral in Nederland dat deze emotionele kant van het aansprakelijkheidsrecht, met een gevoel van vergelding, de kop opsteekt.²²¹ De punitief getinte genoegdoeningsfunctie, vooral van belang voor morele schadevergoeding, wordt daar veel meer erkend.²²² Genoegdoening doelt dan op de verzachting van het leed en de bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde.²²³ In zoverre deze morele schadevergoeding wordt toegekend conform voormeld art. 6:106 lid 1 NBW, is zij veeleer gericht op genoegdoening dan op compensatie. De verweerder moet dan de schadevergoeding betalen die nodig is om het slachtoffer in de positie te plaatsen waarin de negatieve gevoelens gecompenseerd worden met positieve gevoelens.²²⁴

vii) *Toetsing aan de lucratieve fout: kan het aansprakelijkheidsrecht zijn functies vervullen?*

71. De problematiek van de lucratieve fout wordt getoetst aan de functies van het aansprakelijkheidsrecht.²²⁵ De vraag rijst immers terdege of het aansprakelijkheidsrecht zijn functies wel kan

²¹⁷ Juridisch correcter: fout. Slachtoffers bekijken dit echter vanuit een ‘schuld’-perspectief.

²¹⁸ I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, 208.

²¹⁹ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 6 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 12-13. Critici: geen echte nood aan grote straffen: J.M. BARENDRECHT, “Rechtvaardigheid en het welbevinden van slachtoffers”, *NJB* 2003, afl. 23, (1175) 1176.

²²⁰ Zie *infra*, nr. 108 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 115.

²²¹ M.A.B. CHAO-DUIVIS, *l.c.*, *NJB* 1990, afl. 14, (513) 513-520 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 822.

²²² C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 822.

²²³ A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding IV*, 426, nr. 465. Zie ook A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies uitgebracht door de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 1993, 63 aangehaald in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 822.

²²⁴ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 822-823.

²²⁵ In Nederland biedt art. 6:104 NBW (beperkt) heil voor dergelijke gevallen. Hierin wordt gesteld dat “Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, ...

vervullen en of zijn voornaamste functie wel tegemoet komt aan de maatschappelijke invulling over het aansprakelijkheidsrecht.

72. De primaire functie, nl. die van vergoeding, blijkt vaak niet te zijn voldaan. De morele schade, die voornamelijk geleden wordt, wordt door de schadelijders zelf hoger ingeschat dan de rechters deze waarderen. Hoewel deze laatsten in feite wel rekening houden met de zwaarte van de fout van een schadeverwekker (cf. *infra*, nr. 108), blijft dit beperkt tot een voorzichtige raming, gelet op de afkeer van de private straf. Zelfs als er al rekening mee wordt gehouden – wat juridisch gezien niet het geval kan zijn, gelet op de regel van het objectief herstel – zal dit slechts in beperkte mate zijn. De schadelijders voelen zich zo vaak in de kou gesteld. Ook materiële schade zal moeilijk te begroten zijn, gelet op het kansaspect. Het zal immers vaak gaan om het verlies van een kans, waar zich eveneens een voorzichtige raming opdringt. Dit heeft dus tot gevolg dat schadelijders niet voldoende vergoed worden. Dit voorbeeld van de (te) vaak voorkomende lucratieve fout heeft dus tot gevolg dat zelfs de primaire functie van het aansprakelijkheidsrecht, naar maatschappelijk aanvoelen, niet op voldoende wijze wordt vervuld. *Punitive damages* zouden tegemoet kunnen komen aan dit ongenoegen.

73. De schadespreidende functie kan dan weer wel in de lucratieve fout gelezen worden, zij het dan dat dit net een nefast effect teweeg brengt en dus niet wenselijk is. Een voorbeeld kan dit illustreren. Stel dat een dagblad een schadevergoeding moet betalen aan een BV voor het verspreiden van een ‘roddel’ en de morele schadevergoeding hoog is opgelopen. Het dagblad zal dit uiteindelijk doorrekenen aan de consument.²²⁶ Zo draagt de collectiviteit der consumenten uiteindelijk de schadevergoeding. *Punitive damages* zouden, ondanks wat op het eerste zicht lijkt te zijn, kunnen verhelpen aan dit probleem. De vrije-markt-economie vormt immers een rem op het geheel doorrekenen van zulke hoge bedragen aan de consument: het dagblad zou niet meer verkocht worden. Minstens een deel van de *punitive damages* wordt dan gedragen door de schadeverwekker zelf.

74. De preventieve functie wordt bij deze lucratieve fout ondergraven. Het aansprakelijkheidsrecht is niet sterk genoeg om te beletten dat schadegevallen ontstaan. Het lucratieve aspect overmeestert als het ware deze functie. De ene lucratieve fout na de andere zal zo begaan worden: het aansprakelijkheidsrecht heeft niet de functie van algemene rem. Dit komt mede doordat de bedragen van de te betalen schadevergoedingen eerder beperkt blijven, waardoor een schouderophalende mentaliteit kan ontstaan en schadelijders de drempel tot het instellen van een vordering niet te boven gaan. *Punitive damages* zouden hiervoor een uitweg kunnen

(kan) de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte ervan.” De Hoge Raad bepaalt hierbij wel dat het geen vordering tot winstafdracht is maar dat de rechter slechts over een discretionaire bevoegdheid beschikt om, als er schadevergoeding wordt gevorderd, de schade te berekenen op het bedrag van de door de onrechtmatige handeling of wanprestatie bestaande winst of een gedeelte ervan (HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, noot CJHB, nader besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 816-817). De vergoedingsplicht zal *de facto* dus wel hoger zijn dan de bewezen schade, tenzij bewezen wordt dat de schade lager is dan de genoten winst, wat volgens bepaalde rechtsleer het geval zal zijn: E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1751. Het artikel vormt dus een afwijking van de in België geldende regel van het objectief herstel, cf. *infra*, nr. 108. Bepaalde rechtsleer leest in dit artikel de mogelijke inpasbaarheid van *punitive damages*: O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1812. Zie ook: J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 260-261 en 287-289 en 293 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 15-16 en 43: het zou gaan om een van schadevergoedingsrecht volledig ontkoppelde verrijktingsrechtelijke verplichting tot voordeelsafgifte. Dit betekent volgens sommigen dat, bij kartelinbreuken, meer schadevergoeding betaald moet worden dan dat er winst gemaakt werd: B. VAN DER WIEL, “Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht”, *NJB* 2009, afl. 12, (724) 730-731.

²²⁶ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 861-862, waarbij critici aangeven dat er geen bestraffend effect uitgaat van een *punitive damage* wanneer deze wordt opgelegd aan een rechtspersoon. De vrije-markt-economie belet dit echter in belangrijke mate.

bieden.²²⁷ Bovendien zouden deze er voor zorgen dat de voormelde ‘drempelvrees’ wegvalt en er daadwerkelijk wordt overgegaan tot het claimen van de vergoeding waar men recht op heeft. Indien schadelijders deze stap niet zetten, houdt de preventieve functie immers hoe dan ook geen stand, ook niet bij lucratieve fouten. Door de invoering van deze rechtsfiguur, worden de lasten van preventie lager dan de lasten van het ‘*laisser-faire*’, het laten gebeuren, waardoor van preventie echt sprake kan zijn.²²⁸

75. Ook aan de (omstreden) bestraffende en de hiermee gekoppelde ontradende functie wordt onvoldoende tegemoet gekomen. Het is duidelijk dat van een ‘straf’ weinig sprake is wanneer het voordeel groter is dan of even groot is als de sanctie. Een ontradend effect kan dan ook niet uitgaan van dergelijke voorgaande sancties: het blijft uiteindelijk meer opleveren dan wat men moet inboeten. Minstens is er een *status quo*. *Punitive damages* zouden zeker een nuttig hulpmiddel zijn.

76. Instrumenteel bekeken is de normatieve functie evenmin terug te vinden in dergelijke aansprakelijkheidsgevallen. De aansprakelijkheid wordt allerm minst verfijnd of aangepast aan de noden van de maatschappij. Ook de hieraan gekoppelde rechtshandhaving is niet van tel. *Punitive damages* zouden echter het gedrag en de mentaliteit kunnen aanpassen en zo een aangepaste aansprakelijkheid tot stand kunnen brengen, wat een verfijning is van het huidige recht. Dit zou ook aansprakelijkheidsregulering en het normerend karakter hiervan kunnen ondersteunen.²²⁹ Daarnaast zou er ook sprake kunnen zijn van meer rechtshandhaving, gelet op het wegvallen van drempels en de hogere claimkansen.

77. Tot slot wordt ook de emotionele kant van het aansprakelijkheidsrecht ondergraven. Immers, voor de schadelijder die beseft dat de schadeverwekker grote winsten boekt met zijn leed en zijn miserie, is een gering bedrag onvoldoende om de aansprakelijkheidserkenning te waarborgen. In plaats van erkenning komt een gevoel van frustratie naar boven bij schadelijders. De schadeverwekker blijft er goed bij en heeft een gevoel van onoverwinnelijkheid, zodat hij, voor zichzelf en naar de buitenwereld toe, niet moet ‘toegeven’ dat hij fout zat – zijn winst spreekt dit gegeven immers tegen. Wanneer *punitive damages* zouden worden opgelegd, kan ook deze functie versterkt worden. Immers, wanneer de schadevergoeding aangepast wordt in functie van de zwaarte van de fout, vloeit er nog meer erkenning uit voort en wordt er meer troost geboden. In dit kader is het dus niet het geld op zich dat van belang is, maar wel de grotere mate van erkenning van schuld of fout *an sich*.

viii) *Besluit*

78. Getoetst aan de lucratieve fout, blijkt dat het aansprakelijkheidsrecht niet in staat is zelfstandig zijn maatschappelijke functies te vervullen. Het recht frustreert zichzelf en zijn schadelijders, van wie de rechten ongestraft met de voeten kunnen worden getreden.²³⁰ Het rechtvaardigheidsgevoel wordt zo gekrenkt. *Punitive damages* zouden hier een oplossing kunnen bieden, aangezien zij de functies van het aansprakelijkheidsrecht verfijnen, verder onderbouwen en bijkomend ondersteunen. Op dit vlak kan er dus geen reden worden gevonden om de invoering van *punitive damages* af te wijzen, integendeel.

²²⁷ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1807-1808.

²²⁸ J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 606-607.

²²⁹ Wat ook het geval is in Amerika, o.a. met productaansprakelijkheid: L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 22-25.

²³⁰ T. HARTLIEF, *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 775.

79. Men stelt echter soms dat bij een schending van een persoonlijkheidsrecht een niet-monetaire remedie, zoals het publiceren van een verklaring van recht of een recht van antwoord²³¹, een beter middel is dan een *punitive damage* op te leggen om tegemoet te komen aan de lucratieve fout.²³² Naast enkele formele vereisten, is dit mijns inziens hoe dan ook te kort door de bocht. Het kwaad is geschied voor de schadelijder en de winst is geboekt voor de schadeverwekker. Een *a posteriori*-verklaring verandert niets aan deze feitelijke situatie, waardoor er geen schadevergoedend, ontradend, reglementerend of preventief signaal wordt uitgezonden. De enige functie die eventueel vervuld zou kunnen zijn, is de emotionele: de schadelijder zou genoegdoening kunnen putten uit de rechtzetting. Deze remedie zou echter globaal gezien eveneens ontoereikend zijn.

80. Een vordering op grond van de verrijking zonder oorzaak, tevens aangereikt als alternatief, komt evenmin tegemoet aan de specifieke probleemstellingen bij een lucratieve fout. Het subsidiaire karakter belet een vordering op deze grondslag, wanneer een vordering op basis van een onrechtmatige daad openstaat. Daarnaast is dit niet interessant voor de schadelijder, aangezien de vergoeding het kleinste van de bedragen is van verrijking en verarming.²³³ De drempels blijven dus onverkort bestaan. Geen van deze voorgestelde alternatieven voldoet: enkel *punitive damages* lijken een oplossing te bieden.

81. Een vordering tot winstafracht, eveneens voorgesteld als alternatieve oplossing²³⁴, is evenmin toereikend genoeg, zoals reeds eerder vermeld (cf. *supra*, nr. 40). Er wordt immers enkel rekening gehouden met de gemaakte winst, waarbij bij *punitive damages* met meerdere factoren rekening kan worden gehouden. Bovendien is er geen nadeel, aangezien een *status quo* kan tot stand komen.

82. *Class actions* of collectieve vorderingen, een andere vorm van private handhaving waarbij meerdere benadeelden samen een vordering instellen of één individuele persoon een vordering instelt en anderen zich hierbij voegen, kan ook als alternatief worden opgeworpen voor *punitive damages*.²³⁵ Dit werkt zeker ook drempelverlagend, aangezien de kosten gespreid zullen worden en men dus meer geneigd zal zijn om een vordering in te stellen. Op die manier worden de vergoedende en de reglementerende functies vervuld. De preventieve functie wordt eveneens vervuld maar op een andere manier dan bij *punitive damages*: de kans op een vordering is groter, maar niet de kans op een hoger bedrag. De straffende functie blijft echter buiten beschouwing, wat als voordeel heeft dat één van de bezwaren tegen *punitive damages* niet speelt. De emotionele functie wordt echter geheel ondergraven. De benadeelde wordt immers één van de vele benadeelden, en het individuele schadegeval wordt minder belangrijk. Bovendien zijn niet alle schadegevallen gevallen waarbij meerdere schadelijders zijn. Collectieve vorderingen kunnen vooral hun diensten bewijzen in de gevallen met strooischade, zoals milieuovertredingen of consumentenbescherming.

²³¹ E. GULDIX en A. WYLLEMAN, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1589) 1644-1649; S.D. LINDENBERGH, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1665) 1683-1689 en C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 336-338.

²³² C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 859.

²³³ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 859-860.

²³⁴ J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 299-300.

²³⁵ Op Europees niveau beweegt hieromtrent heel wat. Zie: Werkdocument van de diensten van de Commissie 4 februari 2011, "Naar een coherente Europese aanpak op het gebied van collectief verhaal", http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/nl.pdf en Resolutie Europees Parlement 2011/2089, 2 februari 2012 over "Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalsmechanismen", <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP/TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0/NL>.

De wetgever zag dit in en kende ook een dergelijk collectief actierecht toe in die gevallen.²³⁶ Bij de lucratieve fout met een schending van persoonlijkheidsrechten zal deze rechtsfiguur echter geen heil bieden, net zoals bij persmisdrijven of de opzettelijke fout die slechts één iemand raakt. Hoewel een collectieve vordering dus deels kan helpen, komt ze niet in dezelfde mate tegemoet aan de voormelde problematieken als *punitive damages*. Voor het overige blijft deze rechtsfiguur buiten beschouwing.

§7. Besluit

83. Uit voorgaande paragrafen kan besloten worden dat de rechtshandhaving naar Belgisch recht niet vlekkeloos verloopt. *Punitive damages* zouden een nuttige en wenselijke aanvulling kunnen zijn om, via het privaatrecht, de bestaande gebreken van het publiekrecht te ondervangen. Het hybride karakter van *punitive damages* ondervangt zowel de problemen in het strafrecht als in het privaatrecht.

HOOFDSTUK 3. HERKOMST: ANGELSAKSISCH RECHT

84. Voor een goed begrip van *punitive damages*, is het belangrijk ze te kaderen in hun oorspronkelijke context. Zij vinden, enkele historische toepassingen buiten beschouwing gelaten²³⁷, immers hun oorsprong in Angelsaksische landen, waar het ‘Common Law’-rechtssysteem danig verschilt van het Continentaal-Europese ‘Civil Law’. In de Common-Law-landen zijn *punitive damages* die toekomen aan het slachtoffer van de onrechtmatige daad aanvaard, doch ze worden ook daar aan grenzen onderworpen, zoals hierna zal blijken.

85. De focus wordt gelegd op de meest toonaangevende landen, nl. Engeland en de Verenigde Staten van Amerika. Een bespreking van *punitive damages* in andere landen waar deze onderdeel van het geldend recht zijn, blijft buiten beschouwing.²³⁸

Afdeling 1. Engeland

86. De bakermat van *punitive damages* bevindt zich in Engeland.²³⁹ Reeds in 1763 waren zij in het Engels Common Law-recht aanwezig.²⁴⁰ Hoewel er hieromtrent zelfs in Engeland enige controverse ontstond,

²³⁶ Art. 113 WMPC, art. 7 Wet 26 mei 2002 betreffende de intracommunautaire vorderingen tot staking op het gebied van de bescherming van de consumentenbelangen, *BS* 10 juli 2002, (ed. 2), err. *BS* 6 augustus 2002 (ed. 2); art. 20 Wet 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *BS* 20 november 2002 (ed. 1) en art. 2 Wet 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu, *BS* 19 februari 1993. Zie hierover: J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 83-84 (hierna verkort: *Handboek Gerechtelijk Recht*).

²³⁷ Hiermee worden bedoeld: Exodus 22:1 (Mozes), Codex Hammurabi (2000 v.C.), recht van de Babyloniërs en van de Hittites, de Hindoecodex van Manu en het recht van de oude Grieken: D.L. WALTHER en T.A. PLEIN, *l.c.*, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, (369) 369-370 en R.A. BRAND, “Punitive Damages in US law and the recognition of judgements”, *NILR* 1996, (143) 145 en verwijzingen aldaar. De oorsprong kan ook gevonden worden in het Romeinse recht: J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 802-803.

²³⁸ Voor Canada verwijst ik naar O. JOBIN-LABERGE, “Moral damages and exemplary damages: The supreme court sets certain principles”, 1996, 7p., www.lavery.ca; G. RUSSELL en J.D. THORNTON, “Exemplary Damages”, *BUMC Proceedings* 2002, 441-442 en A.M. LINDEN en B. FELDTHUSEN, *Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 2006, 1-32. Voor Australië: M. TILBURY en H. LUNTZ, “Punitive Damages in Australian Law”, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 1995, 769-792 en A. PHANG en P.W. LEE, “Restitutionary and Exemplary Damages Revisited”, *Journal of Contract Law* 2003, 1-39. In het algemeen kan worden verwezen naar de uiteenlopende, zeer recente, bijdragen in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 533 p. en H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 335 p.

²³⁹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 831.

²⁴⁰ Hoewel er reeds eerder aanzetten zijn geweest, reeds vanaf 1278: D.L. WALTHER en T.A. PLEIN, *l.c.*, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, (369) 371; R.A. BRAND, *l.c.*, *NILR* 1996, (143) 145 en J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 144.

zijn ze er nu een gevestigde waarde. De voornaamste doelstelling daar is die van preventie²⁴¹; ontrading en bestraffing zijn eerder secundair.

87. De tot op heden gehanteerde krijtlijnen tot toekenning van *punitive damages* werden uiteengezet door Lord Devlin in het arrest *Rookes v. Barnard* (1964). Hierin werd gesteld dat ‘*it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay*’.²⁴² Dit arrest laat *punitive damages* slechts in een restrictief aantal categorieën toe.²⁴³ De eerste categorie is deze van onderdrukkend, willekeurig of ongrondwettelijk handelen door overheidsdienaren of ambtenaren. De tweede categorie is deze van gedrag, berekend door de schadeverwekker, om profijt of winst te maken die de vergoeding aan de schadelijder overstijgt, zoals bij laster en eerroof. Als laatste categorie worden *punitive damages* die uitdrukkelijk toegelaten zijn door het parlement, dus door een wettekst, genoemd. De poging om het toepassingsgebied te verbreden tot elk ‘weloverwogen en roekeloos veronachtzamen van eisers rechten’ vond geen doorgang, zodat ook vandaag deze categorieën nog als limitatief gelden.²⁴⁴

88. De eerste categorie wordt vandaag de dag amper toegepast en de derde categorie slechts in een beperkt aantal gevallen. Het is vooral de tweede categorie die de aandacht trekt.²⁴⁵ Het is namelijk ook deze problematiek die de knelpunten naar Belgisch recht weerspiegelt. Bij laster en eerroof²⁴⁶ wordt, naar Engels recht, de gemoedsgesteldheid van de schadeverwekker mee in acht genomen. Hiervoor wordt vereist dat hij kennis had van het feit dat wat hij deed tegen de wet was of van grote roekeloze of stoutmoedige onachtzaamheid getuigde (meer dan louter nalatigheid of onzorgvuldigheid), of dus een opzettelijke en grove minachting voor de rechten van de eiser was.²⁴⁷ Bovendien moet de schadeverwekker de beslissing om zijn handeling verder te zetten hebben genomen omdat het vooruitzicht op materieel voordeel groter was dan dat op materieel verlies. Het moet dus om een berekende beslissing gaan. Beide elementen moeten door de schadelijder aannemelijk worden gemaakt. De roekeloosheid wordt in die zin begrepen dat de schadeverwekker er niet daadwerkelijk in geloofde dat wat hij schreef, waar was. De berekendheid wordt niet louter mathematisch ingevuld.²⁴⁸ Dit zou de toekenning van *punitive damages* te sterk beperken wegens een te zware bewijslast voor de schadelijder.

89. De loutere kwalificatie als één van de drie voormelde categorieën volstaat op zich niet om *punitive damages* toe te kennen. Immers, de ‘*if, but only if*’-test moet nog worden doorstaan.²⁴⁹ Ook deze werd door Lord Devlin ontwikkeld in het *Rookes v. Barnard*-arrest. Deze test houdt in dat *punitive damages* enkel, maar

²⁴¹ Dit is vooral de achterliggende gedachte in Engeland: D.L. WALTHER en T.A. PLEIN, *l.c.*, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, (369) 371; J. SCHMIT, S. PRITCHET en P. FIELDS, *l.c.*, *The Journal of Risk and Insurance* 1988, (453) 456-457 en J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 143.

²⁴² J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 141.

²⁴³ J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 145-147; J. MURPHY, *Street on Torts*, New York, Oxford University Press, 2007, 637-640 (hierna verkort: *Street on Torts*); S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 2008, 944-950 (hierna verkort: *Markesinis and Deakin's Tort Law*); M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law. Text and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 855-864 (hierna verkort: *Tort Law*); V. WILCOX, “Punitive Damages in England” in *Punitive Damages*, (7) 9-19 en J. MORGAN, *l.c.* in *The Power*, (183) 184.

²⁴⁴ M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law*, 860 en V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 36. Zie ook hierop alluderend: J. MURPHY, *Street on Torts*, 640.

²⁴⁵ V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 12-16.

²⁴⁶ Voornaamste arrest hierover is *Broome v. Cassell & Co. Ltd.* (1972) AC 1027. Zie hierover: J. MURPHY, *Street on Torts*, 639; M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law*, 859 en S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 808-809 en 947.

²⁴⁷ Vertaling ontleend aan C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 832.

²⁴⁸ *John v Mirror Group Newspaper Ltd.*, (1996) 3 WLR 593, nader besproken in S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 947.

²⁴⁹ V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 26-28.

echt alleen dan, mogen worden toegekend als de schadevergoeding tot herstel van de schade ontoereikend is om het schandelijk, verfoeilijk gedrag van de schadeverwekker te bestraffen, om de afkeuring van zulk gedrag te tonen en om de schadeverwekker te ontraden van het herhalen van dergelijk gedrag. Dit toont alweer de beperkte toepassingsmogelijkheid van *punitive damages* aan.

90. Bovendien zijn er over het algemeen enkele relevante factoren die in acht moeten worden genomen voor het toekennen van *punitive damages*.²⁵⁰ Zo moet de eiser zelf slachtoffer zijn van het ‘bestrafbaar’ gedrag, waarbij buitensporigheid een handige maatstaf is.²⁵¹ Andere sancties zijn daarenboven ontoereikend om de schadeverwekker voor zijn gedrag te bestraffen: het moet een ‘*last resort remedy*’ zijn.²⁵² Daarnaast geldt als basisbeginsel het principe van de gematigdheid, d.w.z. dat het toegekende bedrag het *minimum* moet zijn om aan de publieke doelstellingen van ontrading of afschrikking en bestraffing te voldoen. Het feit dat er reeds een vrijheidsberovende straf, een boete, een inbeslagname of een tuchtrechtelijke sanctie werd opgelegd, weerhoudt de rechter er dan weer niet automatisch van *punitive damages* toe te kennen. De rechter mag hier rekening mee houden maar beschikt vervolgens over een discretionaire bevoegdheid omtrent het al dan niet opleggen van *punitive damages*.²⁵³ Nochtans is het uitgangspunt bij een strafrechtelijke veroordeling wel dat er geen cumulatie zou plaatsvinden, zodat de rechter een moeilijke afweging moet maken.²⁵⁴ De bedoelingen van de schadeverwekker zijn daarenboven steeds van doorslaggevend belang. Een houding te goeder trouw (vnl. bij de eerste categorie) kan het bedrag van *punitive damages* immers matigen. Met het gedrag van de schadelijder moet echter ook rekening worden gehouden: *punitive damages* kunnen verlaagd of niet toegekend worden als het gedrag van de schadelijder *in concreto* bijgedragen heeft tot het schadeverwekkend gedrag van de schadeverwekker. Ook de weelde van de schadeverwekker wordt in acht genomen.

91. De ‘*cause of action*’-test werd eerst aangenomen in *A.B. v. South West Water Services Ltd.* (1993) en beperkte de toepassing van *punitive damages* op zeer restrictieve wijze. Deze test hield in dat *punitive damages* enkel konden opgelegd worden als vóór *Rookes v. Barnard* voor dergelijk geval reeds een *punitive damage* was toegekend.²⁵⁵ Deze test werd verworpen in een later arrest (*Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2001).²⁵⁶ De enige beperkingen zijn dus de krijtlijnen van *Rookes v. Barnard*.

92. Omtrent de hoegrootheid worden wel richtlijnen opgesteld voor de juryleden, zodat het principe van gematigdheid niet uit het oog wordt verloren. Deze richtlijnen bevatten echter nog een grote marge, zodat de beslissingsvrijheid niet verloren gaat.²⁵⁷

²⁵⁰ C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 832-833; J. MURPHY, *Street on Torts*, 639-640 en V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 25-32 en verwijzingen aldaar.

²⁵¹ J. MURPHY, *Street on Torts*, 639 en M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law*, 862.

²⁵² C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 832 en M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law*, 862.

²⁵³ C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 832-833 en S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 950.

²⁵⁴ C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 848.

²⁵⁵ Dus niet voor nalatigheid, publieke stoornis, bedrog, rassen- of seksdiscriminatie, patentinbreuken, bescherming consumentenrechten: J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 145; C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 832 en S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 945.

²⁵⁶ J. MURPHY, *Street on Torts*, 638; S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 946 en V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 7-8 en 19-25: eender welk schadegeval, als onder *Rookes* hoort.

²⁵⁷ V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 38-43.

93. Uit dit alles kan worden besloten dat in het Engelse recht *punitive damages* aanvaard zijn, doch aan beperkingen zijn onderworpen. Zo kunnen zij enkel worden toegepast in drie limitatief opgesomde categorieën, moeten ze de ‘*if, but only if*’-test doorstaan en blijft hun hoegroetheid beperkt.

Afdeling 2. Verenigde Staten van Amerika

94. De Verenigde Staten van Amerika namen het concept van *punitive damages* over van hun moederrecht.²⁵⁸ Zij pasten deze vooreerst toe met het oog op daadwerkelijke bestraffing²⁵⁹, nadien met het oog op ontrading en afschrikking²⁶⁰. Wat hierna besproken wordt, vormt een ‘gemene deler’ van het Amerikaans recht. Eengemaakt recht bestaat immers niet in de Verenigde Staten²⁶¹ en een staatsgewijze bespreking valt buiten het toepassingsgebied van dit onderzoek. Wel moet worden opgemerkt dat de staten Indiana, Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire en Washington *punitive damages* verbieden.²⁶²

95. *Punitive damages* kennen in de Verenigde Staten over het algemeen een ruimer toepassingsgebied dan in Engeland. Zo zijn zij niet gebonden aan de drie categorieën van *Rookes v. Barnard*. Zij worden toegekend in gevallen waarin de schadeverwekker de schadelijder opzettelijk of kwaadwillig schade heeft berokkend²⁶³ of waarin het gedrag van de schadeverwekker een bewust, roekeloos, moedwillig, baldadig of repressief veronachtzamen van de rechten of belangen van de schadelijder inhoudt²⁶⁴. Kort samengevat houdt dit in dat *punitive damages* kunnen worden toegekend bij schade door een inbreuk op een wettelijk beschermd belang waarbij verzwarende omstandigheden aanwezig zijn.²⁶⁵ Nochtans stelt men dat, ondanks de geringe grenzen, *punitive damages* zelden worden toegekend, slechts geringe bedragen omvatten en bovendien vrij voorspelbaar zijn.²⁶⁶ Deze laatste twee aspecten worden echter weerlegd door A.M. POLINSKY, die aantoont dat *punitive damages* geenszins onbelangrijk, voorspelbaar en rationeel zijn: alles hangt af van het geval en een invulling naar de feiten.²⁶⁷

96. *Punitive damages* worden over het algemeen vooral toegepast bij opzettelijke, onrechtmatige daden, laster en eerroof en ‘financiële’ onrechtmatige daden (zoals fraude).²⁶⁸ Vandaag ligt de klemtoon bij de toekenning van *punitive damages* echter nadrukkelijk op specifieke thema’s waarbij ontrading van groot belang is, zoals productaansprakelijkheid en machtsmisbruik.²⁶⁹ Globaal genomen blijft voormelde toets wel het basiscriterium tot toekenning van *punitive damages*.

²⁵⁸ In 1851 eerste uitspraak dat niet ongrondwettig: A. VERHEIJ, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 72 en E. TORRICO, *l.c.*, <http://arno.uvt.nl>, 15-16.

²⁵⁹ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 948-954; A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.* in *Encyclopedia of Law and Economics*, (764) 765-767 en A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 159-165. Deze visie kwam op in Amerika: D.L. WALTHER en T.A. PLEIN, *l.c.*, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, (369) 371-373 en 382 en J. SCHMIT, S. PRITCHET en P. FIELDS, *l.c.*, *The Journal of Risk and Insurance* 1988, (453) 456.

²⁶⁰ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 165-169.

²⁶¹ Zie ook: H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 277.

²⁶² A. VERHEIJ, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 71 en A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 155.

²⁶³ Enige betwisting kan bestaan of er wel schade moet zijn, doch men aanvaardt dit uiteindelijk wel als toepassingsvoorwaarde: L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 9.

²⁶⁴ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 155 en E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 417.

²⁶⁵ §908 Restatement of Tort: “... evil motive or ... reckless indifference to the rights of others”: L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 8-10.

²⁶⁶ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 156-159.

²⁶⁷ A.M. POLINSKY, “Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al.”, *The Journal of Legal Studies* 1997, vol. 26, (663) 663-677. Hij werd recent bijgestaan door volgende studie: J. HERSCH en K. VISCUSI, “Punitive damages: How Judges and Juries perform”, 2002, <http://www.law.harvard.edu>, 18-21.

²⁶⁸ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 158.

²⁶⁹ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 165-169.

97. In de Verenigde Staten is de hoegrootheid van *punitive damages* niet eenduidig vast te leggen, wat gelijk op de Engelse situatie. Over het algemeen wordt een ‘*single digit*’-ratio als uiterste grens vermeld tussen de schadevergoeding en de *punitive damage*. Hiermee wordt bedoeld dat de *punitive damage* géén tien maal het bedrag van de schadevergoeding mag bevatten.²⁷⁰ Draconische *punitive damages* mogen immers niet worden toegekend. Ze mogen niet disproportioneel zijn ten opzichte van de toegebrachte schade en de mogelijkheid van de schadeverwekker om te betalen en moeten dus voornamelijk geschikt zijn om hun doelstellingen te bereiken.²⁷¹ In sommige staten wordt een grensbedrag vastgelegd door de wetgever om de omvang aan banden te leggen.²⁷² Dit primeert dan boven de ‘*single digit*’-test.

Zelfs dan is er nog een ruime marge en zijn bepaalde kapstokken nodig om het bedrag te begrenzen. Hiervoor wordt rekening gehouden met meerdere factoren.²⁷³ De belangrijkste algemene factor is de omvang van de compensatoire schadevergoeding. De hoogte van de actuele en de redelijkerwijs in de toekomst nog te lijden schade is dus van belang.²⁷⁴ Daarnaast is algemeen het type van zaak belangrijk, de identiteit²⁷⁵ van schadelijder en -verwekker alsook de plaats waar het arrest wordt geveld. In de verschillende staten past men echter ook verschillende concrete factoren toe. Ook verschilt de methode om de omvang te begrenzen en wiens functie dit net is van staat tot staat.²⁷⁶ De algemene trend is wel dat *punitive damages* zowel door een jury als door de rechter worden toegekend. De jury oordeelt dan over de feiten, met vaak richtlijnen vooropgesteld²⁷⁷, en de rechter over het recht.²⁷⁸ Rechteren beslissen vaak wel gematigder en wijzen geregeld de door de jury toegekende *punitive damages* af of verminderen ze.²⁷⁹

In South-Dakota ontwikkelde men een systeem waarvoor heel wat te zeggen is. Daar is het de jury die initieel begroot, maar de rechter die achteraf toetst aan vijf factoren: de welvaart van de schadeverwekker, de ratio tussen de schadevergoeding en de *punitive damage*, de aard en grootte van de onrechtmatige daad, de graad van intentie van de schadeverwekker en tot slot alle andere mogelijke relevante factoren. Andere staten namen deze werkwijze over en voegden als belangrijke factoren de duur van het schadeverwekkend gedrag of de laakbaarheid van het gedrag²⁸⁰, de financiële winst als gevolg van het wangedrag en het feit of de schadeverwekker een corrigerende handeling ondernam, toe.²⁸¹

98. Recent werden er door het *Supreme Court* grenzen gesteld aan de brede toepassing, vnl. m.b.t. de omvang en de nagestreefde doelstelling. In *Philip Morris v. Williams* besloot het Hof immers dat *punitive*

²⁷⁰ S. SHAVELL, “On the proper magnitude of punitive damages: *Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*”, *Harvard Law Review* 2007, vol. 120, (1223) 1225-1227; A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 191-196; F.E. MCGOVERN, “Punitive damages and Class Actions”, *Louisiana Law Review* 2010, vol. 70, (435) 436-437 en A.J. SEBOK, “The U.S. Supreme Court’s Theory of Common Law Punitive Damages: An Inauspicious Start” in *The Power*, (133) 139.

²⁷¹ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 11.

²⁷² J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 151. Voor een overzicht verwijs ik naar T. REUTERS, “Civil Laws. Remedies. *Punitive damages* (statutes)”, 2011, 49 p., westlaw-databank.

²⁷³ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 158-159.

²⁷⁴ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 914-917; E. HULST, *l.c.*, *TMA* 2004, afl. 6, (199) 200 en B. BROLE en J. WAGNER, “On the consideration of potential harm in the award of punitive damages”, *Economics Bulletin* 2009, vol. 29, (1102) 1106: dit in acht nemen is onwenselijk in het licht van de rechtseconomie, maar dit gebeurt wel in de praktijk.

²⁷⁵ De rijkdom hoort hier over het algemeen bij: E. HULST, *l.c.*, *TMA* 2004, afl. 6, (199) 200.

²⁷⁶ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 184-189.

²⁷⁷ Voor een voorbeeld, zie: A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 957-962 en B.C. ZIPURSKY, “Punitive Damages After *Philip Morris USA v. Williams*”, *Court Review* 2007, vol. 44, (134) 147-149.

²⁷⁸ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 10-11.

²⁷⁹ J. HERSCH en K. VISCUSI, *l.c.*, 2002, <http://www.law.harvard.edu>, 34 en W.K. VISCUSI, “Tort Reform and Insurance Markets”, 2003, www.law.harvard.edu, 5-6.

²⁸⁰ E. HULST, *l.c.*, *TMA* 2004, afl. 6, (199) 200.

²⁸¹ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 185.

damages opgelegd worden ter bestraffing van het wangedrag, maar dat het geraamde bedrag niet de straf mag uitmaken voor de schade die werd aangericht aan derden, maar dat dit énkél een bestraffing is voor de schade die werd veroorzaakt aan de eiser *in casu*, op straffe van strijdigheid met ‘*due process*’.²⁸² Hiermee bevestigt het zijn eerdere stelling dat extreem buitensporige *punitive damages* ongrondwettelijk zijn.²⁸³ Niettemin beperkt dit niet de toepassing van *punitive damages*, doch enkel de omvang ervan. De ‘*single digit*’-ratio wordt in dit arrest echter niet expliciet opgelegd.²⁸⁴ Het buitensporig karakter wordt wel ingeperkt zodat de vrees voor ‘Amerikaanse toestanden’ (cf. *infra*, nrs. 143-147) kan gecounterd worden.

99. Wel moet worden opgemerkt dat de Amerikanen, nog minder dan de Engelsen, een probleem lezen in het samengaan van *punitive damages* en een strafrechtelijke veroordeling. Waar in Engeland het uitgangspunt is dat dit niet de bedoeling is, maar de rechter er discretionair van kan afwijken, is in Amerika deze stelregel zelfs niet voorhanden. Het valt eenvoudigweg niet onder het verbod van ‘double jeopardy’²⁸⁵, aangezien een *punitive damage* geen strafrechtelijke straf is.²⁸⁶ Aan de situatie waarin meerdere *punitive damages* opgelegd worden, werd door het *Supreme Court* deels geremedieerd in voormelde *Philip Morris USA v. Williams*-zaak. Voordien werden immers meerdere malen buitensporige bedragen opgelegd ter bestraffing van schade aan derden, waardoor er problemen ontstonden in het licht van het 5^e²⁸⁷, het 8^e²⁸⁸ en het 14^e²⁸⁹ Amendement van de grondwet.²⁹⁰ *Philip Morris* biedt hierop een antwoord: er mag enkel gestraft worden voor de schade aan de eisende partij.²⁹¹ Bepaalde rechtsleer is nochtans kritisch en stelt dat het Hof het hybride karakter gebruikt om *punitive damages* te kwalificeren als burgerlijk, louter om constitutionele redenen.²⁹² Deze kritiek is echter te verregaand.

100. Er kan dus besloten worden dat er in Amerika minder grenzen gelden dan in Engeland met betrekking tot de toepassing van *punitive damages*. Amerikanen zijn immers niet gebonden aan de drie categorieën van

²⁸² B.C. ZIPURSKY, *l.c.*, *Court Review* 2007, vol. 44, (134) 137, 143-147 en 154; T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 394-413; A.J. SEBOK, *l.c.* in *The Power*, (133) 140 en J. GASH, “Understanding and Solving the Multiple Punishments Problem” in *The Power*, (65) 94-97: grote achterliggende visie: geen ‘publieke’ straf, enkel ‘private wrong’!

²⁸³ In *Honda Motor Co v. Oberg*. Zie: T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (391) 400-463; A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 189-196 en A.J. SEBOK, *l.c.* in *The Power*, (133) 133-145. De spraakmakende rechtspraak over de omvang, in combinatie met *due process*, is: *Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257, 280 (1989) [8e Amendement: niet op beroepen]; *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 23 (1991) [Due Process – objectieve criteria oké: redelijk verband met schade, mate laakbaarheid, duur gedrag, bewustzijn, trachten verzwijgen en eerder bestaan en frequentie gedrag, profijt, financiële positie, kosten geding, reeds straf, al veroordeeld voor gedrag] (F. MORGAN, “A Current Look at Punitive Damages”, 1995, <http://www.sbaer.uca.edu>, 5 en E. HULST, *l.c.*, *TMA* 2004, afl. 6, (199) 200 en); *TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp.*, 509 U.S. 443, 455-56 (1993) [Due Process – objectieve criteria: 1) *punitive damages* in andere staten, 2) voor gelijkaardig gedrag in andere jurisdicties, 3) boete voor gelijkaardig gedrag, 4) verhouding tussen vorige *punitive damages* en schadevergoeding]; *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994) [judicial review moet worden toegelaten + excessief is ongrondwettig]; *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 (1996) [objectieve test: 1) ratio tussen *punitive damage* en schadevergoeding, 2) vergelijkbare private straffen of strafrechtelijke boetes, 3) ‘reprehensibility’/wankarakter van gedrag schadeverwekker]; *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group Inc.*, 532 U.S. 424 (2001) [cumulatief toepassen *Gore*]; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 425 (2003) [geen buitenstatelijk gedrag gebruiken om te bestraffen, enkel straffen voor schade eiser, *single digit* voor *due process* – ratio 1:10] en *Philip Morris USA v. Williams*, cf. *supra*, nr. 98. *Exxon Shipping Co. v. Baker*: [ratio 1:1 is maximum – bedoeling ‘deterrence’- hoogte: aard schade, roekeloosheid, financieel kwetsbare doelen, herhaald of incident, opzet] (E. TORRICO, *l.c.*, <http://arno.uvt.nl>, 22); A.J. SEBOK, *l.c.* in *The Power*, (133) 142-144. Zie ook: R.A. BRAND, *l.c.*, *NILR* 1996, (143) 150-155; B.C. ZIPURSKY, *l.c.*, *Court Review* 2007, vol. 44, (134) 135-136 en M.A. GEISTFELD, “Due Process and The Deterrence Rationale for *Punitive damages*” in *The Power*, (107) 107-118.

²⁸⁴ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 192-196.

²⁸⁵ Verboden volgens het Vijfde Amendement bij de Grondwet: “*nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*”. Dit werd uitgebreid “*to every indictment or information charging a party with a known and defined crime or misdemeanor, whether at the common law or by statute*” door 85 U.S. (18 Wall.) 163, 169 (1874), nader toegelicht in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 848.

²⁸⁶ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 848.

²⁸⁷ Double Jeopardy Clause.

²⁸⁸ Excessive Fines Clause.

²⁸⁹ Due Process Clause. Over de toepasselijkheid van deze Clause is nochtans enige onduidelijkheid geweest: *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). Zie hierover: J. GASH, *l.c.* in *The Power*, (65) 78-80.

²⁹⁰ Aangehaald in *Juzwin v. Amtorg Trading Corp*, 705 F. Supp. 1053, vacated, 718 F. Supp. 1233 (D.N.J. 1989) en *Dunn v. Hovic*, 1 F.3d 1371, 1385 (3d Cir.), zoals vermeld in J. GASH, *l.c.* in *The Power*, (65) 76-78.

²⁹¹ J. GASH, *l.c.* in *The Power*, (65) 94-97.

²⁹² B.C. ZIPURSKY, *l.c.*, *Court Review* 2007, vol. 44, (134) 142-143.

Rookes v. Barnard. Omtrent de begroting wijst, ondanks de statelijke verschillen, de algemene lijn uit dat de voornaamste beperking de ‘single digit’-test is. *Philip Morris v. Williams* beklemtoont wel dat een *punitive damage* enkel ter bestraffing van de concrete schade van de eiser is, en niet tot bestraffing van schade van derden.²⁹³ Buitensporigheid wordt zo tegengegaan.

HOOFDSTUK 4. OOK IN BELGIË?

101. Reeds hoger (cf. *supra* – Hoofdstuk 2, afdeling 2) werd aangetoond dat de wenselijkheid van *punitive damages* kan worden aangenomen als versteviging van de privaatrechtelijke rechtshandhaving, wegens een gebrekkig publiekrechtelijk handhaven. Daarna werd bondig uiteengezet hoe *punitive damages* in de twee toonaangevende landen worden toegepast. Vraag is nu of dit naar Belgisch recht grondwettelijk is, of dit wel kan worden ingepast en onder welke voorwaarden. Door de verschillen tussen Common Law en het Continentaal-Europees recht (Civil Law) kan er immers geen sprake zijn van ‘copy-paste’. Ook wordt een blik op de verzekeraarbaarheid geworpen. Om de invoering naar Belgisch recht nader te kaderen, wordt tevens een blik geworpen op de twee andere buurlanden, nl. Frankrijk en Duitsland.

Afdeling 1. Bezwaren tegen de invoering van *punitive damages* en weerlegging

102. Uit wat voorafgaat, blijkt dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat *punitive damages* een meerwaarde kunnen zijn voor het Belgische recht. Toch worden deze niet onmiddellijk ingevoerd. Rechtsleer oppert immers meerdere bezwaren tegen deze rechtsfiguur. Deze worden besproken en getoetst op hun gegrondheid en houdbaarheid.

§1. Onderscheid strafrecht en privaatrecht: geen private straf

103. *Punitive damages* kunnen worden gekwalificeerd als private straffen. Het bezwaar dat dan meteen geopperd wordt, is dat straffen een prerogatief van de overheid is als onderdeel van het publiekrecht en dit niet mag toekomen aan partijen in private verhoudingen.²⁹⁴ Het is de overheid, en enkel deze, die mag beslissen wanneer een schadeverwekker ‘leed’ mag opgelegd worden omdat de maatschappij een bepaalde gedraging afkeurt en men de schadeverwekker in kwestie wil weerhouden dergelijk gedrag nog te plegen.²⁹⁵ Het bestraffen is dus een overheidsmonopolie en eigenrichting is verboden.²⁹⁶ Het strafwetboek is dan een uiting van dit monopolie, terwijl in het aansprakelijkheidsrecht enkel vergoeding mag worden nagestreefd.²⁹⁷ Strafrecht en privaatrecht streven immers andere doeleinden na en hebben andere regels.²⁹⁸ Zo werkt het ene *ex ante* en is het gericht op het algemeen belang en het andere *ex post* en is het gericht op private belangen, er is in het strafrecht een publiek vervolgingsapparaat wat in het privaatrecht ontbreekt, ...²⁹⁹

²⁹³ J. GASH, *l.c.* in *The Power*, (65) 94. De verweerkansen van de beklagde worden immers anders ondergraven.

²⁹⁴ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 16-17 en 36; M. HAZELHORST, *l.c.*, *ERPL* 2010, afl. 4, (757) 768-769 en I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, 205-206.

²⁹⁵ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 852.

²⁹⁶ J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 808-809 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 296-297.

²⁹⁷ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling (onrechtmatige daad)* - *APR*, Gent, Larcier, 1957, 483-490 (hierna verkort: *Schade en schadeloosstelling*); D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 263-264 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 297-299: geen private straf, wel een symbolisch herstel.

²⁹⁸ H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 299-300 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 202.

²⁹⁹ C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 305.

Nochtans berust deze splitsing tussen privaatrecht en publiekrecht louter op een historische keuze, binnengebracht via het canonieke recht in de Middeleeuwen.³⁰⁰ In het Romeinse recht is er echter nooit een strikte scheiding gekomen tussen het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht.³⁰¹ Men kende een penale sanctie waarbij de dader veroordeeld werd tot een meervoud van de schadevergoeding – een vorm van *punitive damages* dus.³⁰² De maatschappelijke opvattingen achtten het echter wenselijk een strikte scheidingslijn tussen privaatrecht en publiekrecht te trekken. Deze scheidingslijn is echter niet definitief en onaantastbaar.³⁰³ De maatschappelijke consensus kan immers in die zin evolueren dat de scheidingslijn dient te vervagen.³⁰⁴ Het debat over de eventuele invoering van *punitive damages* lijkt dan ook een subtiele beweging in die zin te insinueren: de beslissing toen heeft niet tot gevolg dat straf en aansprakelijkheidsrecht per se onverenigbaar zouden zijn.³⁰⁵ Dezelfde evolutie kan worden waargenomen in de privatisering van het strafrecht, waarbij meer en meer het slachtoffer betrokken wordt in opsporing en vervolging.³⁰⁶ Bovendien is de scheidingslijn tussen privaatrecht en publiekrecht niet altijd even duidelijk. Het aansprakelijkheidsrecht vervult immers een belangrijke rol in het bevorderen van de maatschappelijke orde en zekerheid en in het voorkomen van onwenselijk gedrag, functies die niet eenvoudig te onderscheiden zijn van bestraffing.³⁰⁷ Ook hebben privaatrecht en strafrecht enkele gemeenschappelijke concepten en beginselen, waaronder proportionaliteit en goede trouw, en hebben ze beiden nood aan handhaving, wat kan door middel van sancties.³⁰⁸ Bovendien wordt de burgerrechtelijke aansprakelijkheid ook steeds vastgesteld door een rechter. Een visie waarbij het aansprakelijkheidsrecht louter materiële vergoeding behelst en niet de voorkoming van het onrechtmatig gedrag, lijkt daarenboven ook immoreel te zijn.³⁰⁹

Op zich is dit onderscheid dus geen grondslag om *punitive damages* af te wijzen: de *ratio legis* van de historische keuze vervaagt, zodat ook de scheidingslijn hetzelfde lot is beschoren.

104. Bovendien lijkt deze radicale afwijzing van het concept ‘private straf’ eerder hypocriet te zijn: het privaatrecht zit immers op verdoken wijze doorspekt met punitieve elementen en private straffen zitten zelfs verweven in het recht.³¹⁰ Enkele voorbeelden kunnen dit duidelijk maken.

Vooreerst is er het concept van de moratoire interest die begint te lopen bij een betalingsachterstand.³¹¹ Op die manier is er een sanctie voor het laattijdig betalen, in een private verhouding, zonder tussenkomst van de

³⁰⁰ Deze keuze kent men ook in Nederland: O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1810; E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1753 en J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 254-256.

³⁰¹ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1808 en A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding IV*, 5-7. Het invoeren van punitieve elementen in het burgerlijk recht zou louter afgezworen worden uit ‘angst’: T. HARTLIEF, “De schrik van het burgerlijk recht”, *NJB* 2009, afl. 35, 2253.

³⁰² C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 803 en 834 en J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 803-803.

³⁰³ Rechtsvergelijkend wordt gewezen op de noodzaak aan het privaatrecht, ter ondersteuning van het strafrecht: H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 293-294.

³⁰⁴ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 852-853.

³⁰⁵ J. BOOT, *l.c.*, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 202.

³⁰⁶ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 853 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 202.

³⁰⁷ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 853-854.

³⁰⁸ E. NORDIN, “Private straffen in het contractenrecht beschouwd vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM” in *Toetsing van sancties*, (147) 148-149.

³⁰⁹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 854.

³¹⁰ Dit is ook het geval in Nederland: J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 261-278 en 285, met verwijzing naar bestraffende verhoging loon wegens vertraging in betaling (art. 7:625 NBW), nietigheden en conversie (art. 3:40 NBW), intellectueel eigendomsrecht met winstafdracht (art. 43 lid 3 Rijksoctrooiwet), goederenrecht (art. 3:194 lid 2 NBW), faillissementspauliana (artt. 42 en 51 Nederlandse Faillissementswet en artt. 2:138 en 2:248 NBW) en dwangsom (art. 3:296 NBW). Ook het boetebeding is gekend: H. SCHELHAAS, “Waarheen met het boetebeding in Europa? Een analyse van het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht en de Principles of European Contract law”, *TPR* 2000, afl. 4, (1371) 1413-1421 en E. HULST, *l.c.*, *TMA* 2004, afl. 6, (199) 202.

³¹¹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 804-806.

staat. Eveneens in de contractuele sfeer vindt men de strafbedingen, of, zoals het juridisch correcter lijkt, de schadebedingen (art. 1226 BW).^{312,313} Deze bedingen houden in dat, wanneer men de initiële prestatie niet nakomt, een andere prestatie moet worden nageleefd, nl. een vergoedingsplicht.³¹⁴ Wanneer deze het karakter van een private straf kregen, werden ze echter geheel nietig verklaard op grond van artt. 6 en 1133 BW als strijdig met de openbare orde.³¹⁵ Daarom voerde men art. 1231 BW in, dat een matigingsbevoegdheid inhoudt voor de rechter³¹⁶ en een gemengd beding alsnog kan behouden blijven³¹⁷, zij het dan in een ‘aansprekende functie’.³¹⁸ Toch kan er niet voorbij gegaan worden aan het feit dat deze bedingen spelen wanneer de initiële verbintenis niet tijdig is nagekomen, dus per vertraging, en dus een sanctiekarakter inhouden³¹⁹ onder het mom van vergoeding. De mogelijke matiging van de vergoeding tot de potentiële schade³²⁰ doet hieraan geen afbreuk. Het uitgangspunt is immers dat de fout centraal staat en de schade irrelevant is.³²¹ Een private straf is dus aanwezig, mede gelet op het aansprekend karakter. Daarnaast kan de ontbinding van een overeenkomst worden gevorderd als sanctie op een ernstige wanprestatie.³²² Dit op zich draagt al een element van private straf in zich. Sterker nog: meer en meer wordt de buitengerechtelijke ontbinding, los van de *a priori* rechterlijke tussenkomst, erkend.³²³ Privater kan een straf niet zijn. Bovendien kent men ook de dwangsom die wordt opgelegd ter afdwinging van een bepaalde prestatie. Wanneer men deze prestatie niet vervult, krijgt men immers als sanctie deze som opgelegd.³²⁴ Vooreerst heeft de dwangsom dus een preventief karakter als drukmiddel³²⁵, bij niet-nakoming heeft ze een repressief straffend karakter³²⁶ - denk bijvoorbeeld aan de woekerbedragen die de pers opgelegd kreeg ter voorkoming van verdere publicatie van de foto's van Kate Middleton en Prins Harry. Er kan dus zeker worden erkend dat dit een voorbeeld is van een private straf.³²⁷

³¹² Zie hierover: A. GOEGBUER, “Strafbedingen” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2004, 4-5 (hierna verkort: *Bijzondere overeenkomsten*).

³¹³ S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, afl. 34, (1258) 1269-1274 en O. VANDEN BERGHE, “Bedingen en schadevergoeding: strafbedingen, opzegbedingen en exonatiebedingen” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissen – reeks Themis*, Brugge, die Keure, 2004, (43) 44-56 voor een kernachtig globaal beeld.

³¹⁴ A. GOEGBUER, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, 10-11.

³¹⁵ Basisarrest is het ‘biljartarrest’: Cass. 17 april 1970, *Arr.Cass.* 1970, 754, nader besproken in A. GOEGBUER, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, 7-9 en 21. Deze nietigheidsmogelijkheid blijft ook bestaan na de invoering van art. 1231 BW: Antwerpen 20 september 2004, *RW* 2006-07, afl. 19, 790, noot I. SAMOY; A. GOEGBUER, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, 22-26 en I. SAMOY, “Nietigheid van ongeoorloofde schadebedingen in het gemene recht: welles niets...” (noot onder Antwerpen 20 september 2004), *RW* 2006-07, afl. 19, (797) 798-799.

³¹⁶ H. SCHELHAAS, *l.c.*, *TPR* 2000, afl. 4, (1371) 1401-1409 en 1428: louter schadefixerend.

³¹⁷ Een gemengd beding is dit dat zowel punitief als vergoedend is. Zij worden niet geheel nietig verklaard. Zuivere strafbedingen, dus geen schadebedingen, moeten volgens de auteur nog steeds geheel nietig worden verklaard. Zie hierover: I. SAMOY, “Nietigheid van ongeoorloofde schadebedingen” *l.c.*, *RW* 2006-07, afl. 19, (797) 799 en D. VAN DRIESSCHE, “Rechtmatige schadebedingen: geen ontkomen aan?” (noot onder Vred. Torhout 21 december 2004), *TBBR* 2008, afl. 1, (33) 35-36.

³¹⁸ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 806-807 en 809-810 en E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 151.

³¹⁹ G. DE GEEST en F. WUYTS, “Penalty Clauses and Liquidated Damages” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, (141) 153.

³²⁰ Vastgelegd in art. 1231 § 1 lid 1 BW. Zie hierover: A. GOEGBUER, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, 26-32.

³²¹ E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 150-151.

³²² Op grond van art. 1184 BW: A. GOEGBUER, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, 16 en B. VANLERBERGHE, “De toetsing van sancties door de rechter: algemeen kader” in *Toetsing van sancties*, (1) 2.

³²³ Cass. 6 januari 2011, *TBBR* 2012, afl. 8, 388, noot P. BAZIER (voorbehoud: rechtsmisbruik – de facto erkenning van de figuur); Cass. 16 februari 2009, *RW* 2011-12, afl. 42, 1843, noot J. BAECK; Cass. 2 mei 2002, *RW* 2002-03, 501, noot en Cass. 2 mei 2002, *TBBR* 2003, 339; Brussel 30 september 2010, *DAOR* 2011, afl. 97, 119; J. DEWEZ, “La résolution du contrat par accord mutuel des parties”, *TBBR* 2010, afl. 5, 226-235; C. LEBON, “Prima-faciebeoordeling van de rechtsgeldigheid van de buitengerechtelijke ontbinding van een overeenkomst”, *NJW* 2010, afl. 230, 717-718 en J. BAECK, “(R)evolutie in ontbindingsland?” (noot onder Cass. 16 februari 2009), *RW* 2011-12, afl. 42, 1844-1849. Zie ook algemeen: B. CLAESSENS, T. HENS, W. VAN PUTTEN en M.-A. VEGA LÉON, “De uitwerking van de overeenkomst tussen partijen” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, (II.4-143) II.4-208 – II.4-209.

³²⁴ Op grond van art. 1385bis-nonies Ger.W. Zie: B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 3 en E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 152-154.

³²⁵ Luik 17 november 2003, *JLMB* 2005, afl. 10, 408 en Vz. Rb. Luik 17 november 2003, *JLMB* 2003, afl. 36, 1595. B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 5.

³²⁶ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 827.

³²⁷ Antwerpen 2 november 2005, *IRDI* 2006, afl. 2, 148; Gent 26 juni 2001, *AJT* 2001-02, 459, noot K. WAGNER en Luik 19 juni 2001, *P&B* 2002, afl. 4, 258. Zie ook in het kader van familiericht, meer bepaald het contactrecht van ouders: S. MATTHÉ, “Enforcement in Family Law by Means of Private Penalties” in *The Power*, (381) 389-392.

Weliswaar geldt dit enkel wanneer het bedrag toekomt aan de eisende partij, wat in België in het merendeel van de gevallen zo is.³²⁸ Naast deze figuren duikt ook het verval van recht op als private straf.³²⁹ In het insolventierecht kent men daarnaast ook het beslag onder derden. Deze beslagene zijn wettelijk verplicht een verklaring van derde-beslagene af te leggen op grond van artt. 1451 en 1540 Ger.W. en mogen de sommen of zaken niet meer uit handen worden gegeven. Wanneer zij deze verklaring niet, niet tijdig of niet nauwkeurig afleggen of de sommen alsnog vervreemden, kunnen zij geheel of gedeeltelijk medeschuldenaar worden verklaard (artt. 1456 en 1542 Ger.W.). Rechtspraak³³⁰ en rechtsleer³³¹ erkennen uitdrukkelijk dat deze maatregel een private straf is. In het appartementsrecht is de syndicus daarenboven gerechtigd een privaatrechtelijke boete op te leggen ter handhaving van het reglement van orde. Deze ‘boete’ moet nauwkeurig, vooraf en forfaitair bepaald zijn met een substantieel doch proportioneel bedrag en mag hoegenaamd niet voorkomen in de vorm van een strafrechtelijke sanctie, maar met het karakter van een schadebeding.³³² Duidelijk is echter dat dit dient om voortdurend en buitenissig wangedrag te bestraffen en preventief te werken.³³³ De regel van het regres is bovendien eveneens gesteund op het idee van private straf: ieder moet immers krijgen wat hem toekomt en de aansprakelijke mag de dans niet ontspringen.³³⁴ Gelijkelijk op *punitive damages* is de vordering tot winstafdracht of nog, voordeeloverdracht³³⁵, waarvan de verschillen reeds hoger werden uiteengezet (cf. *supra*, nr. 40). Behoudens specifieke bepalingen, is er geen algemene rechtsbasis om deze vordering toe te kennen, zodat dit in de meerderheid van de gevallen geen heil biedt.³³⁶ Dat deze vordering punitieve elementen bevat, kan echter niet worden betwist.³³⁷

Andere wettelijke grondslagen voor private straffen³³⁸ vindt men in art. 89 Wet Consumentenkrediet³³⁹, artt. 65 en 86 Arbeidsovereenkomstenwet³⁴⁰ inzake het niet-concurrentiebeding voor werklieden en bedienden en artt. 792 en 801 BW inzake erfrechtelijke heling. Deze blijven echter voor het overige buiten beschouwing.

³²⁸ O.b.v. art. 1385^{quater} Ger.W.; uitzondering hierop is art. 36 §5 Gecoördineerde wetten op de Raad van State: zie ook C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 827.

³²⁹ M.A. MASSCHELEIN, “Het verval van een recht (la déchéance)”, *RW* 2010-11, afl. 17, (690) 696-697.

³³⁰ Cass. 4 oktober 2001, *RW* 2002-03, afl. 15, 600; Antwerpen 14 september 2010, *P&B* 2011, afl. 5-6, 213; Luik 29 maart 2007, *JLMB* 2008, afl. 2, 65; Antwerpen 21 november 2006, *RW* 2007-08, afl. 16, 657; Brussel 22 juni 2004, *RABG* 2005, afl. 4, 306, noot K. WAGNER; Brussel 12 mei 2000, *JLMB* 2003, afl. 31, 1346, noot D. PATART; Antwerpen 9 februari 1993, *RW* 1992-93, 1270, noot; Beslagr. Brussel 5 april 2011, *T.Verz.* 2012, afl. 1, 95 en Beslagr. Brussel 23 april 1998, *JLMB* 1999, afl. 10, 407.

³³¹ M. VANDENBOGAERDE, “De verbintenisrechtelijke aard van de schuldenaarsverklaring bij derdenbeslag revisited”, *TBBR* 2012, afl. 6, (261) 264 betwist dit: hij zegt dat het niet gaat om een straf maar om een privaatrechtelijke *sanctie*, door het gebrek aan leedtoevoeging. Zie wel affirmatief: N. PIROTTE, “Sanction du tiers saisi: pénalité ou indemnité?” (noot onder Beslagr. Brussel 23 april 1998), *JLMB* 1999, afl. 10, (408) 410-411; D. PATART, “Considerations relatives à la portée de l’article 1451 du code judiciaire” (noot onder Brussel 12 mei 2000), *JLMB* 2003, afl. 31, (1352) 1357-1358; K. WAGNER, “De schuldenaarsverklaring bij laattijdige of onnauwkeurige verklaring van de derde beslagene” (noot onder Brussel 22 juni 2004), *RABG* 2005, afl. 4, (314) 319-320; K. WAGNER, “Commentaar bij art. 1456 Ger.W.” in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 9-10; A. VANDERHAEGHEN, “Verklaring van derde-beslagene” (noot onder Gent 24 juni 2008), *NJW* 2009, afl. 196, (133) 134 en G. HULLEBROECK, noot onder Beslagr. Brussel 5 april 2011, *T.Verz.* 2012, afl. 1, (97) 97; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag – APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 497-500.

³³² R. TIMMERMANS, “Handhaving van het reglement van orde, geen eenvoudige klus”, *T.App.* 2007, (3) 7-8 en R. TIMMERMANS, “Syndicus” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2010, (XV.O-337) XV.O-470-417 (hierna verkort: *Het onroerend goed in de praktijk*).

³³³ R. TIMMERMANS, “(Syndicus van flatgebouwen) Handhaving reglementen van mede-eigendom en van orde” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, (XIV.L-166) XV.L-173; R. TIMMERMANS, *l.c.*, *T.App.* 2007, (3) 7 en R. TIMMERMANS, *l.c.* in *Het onroerend goed in de praktijk*, (XV.O-337) XV.O-470-417.

³³⁴ I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, 204-205.

³³⁵ Zie hierover in het algemeen: M. KRUIHOF, “De vordering tot voordeeloverdracht”, *TPR* 2011, afl. 1, (12) 12-74.

³³⁶ M. KRUIHOF, *l.c.*, *TPR* 2011, afl. 1, (12) 54-60: deze auteur tracht de kwade trouw als basis te nemen als een vorm van ‘vruchttrekking’. In de praktijk is dit echter niet werkbaar en zijn hiervan geen voorbeelden gevonden. Wel kaart hij ook de lucratieve fout aan, i.h.b. bij de schending van persoonlijkheidsrechten: M. KRUIHOF, *l.c.*, *TPR* 2011, afl. 1, (12) 47-50.

³³⁷ Zie o.a. Rb. Arnhem 29 april 1993, *Info Recht* 1994, 154, noot I. DEURVORST.

³³⁸ Aangehaald en besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 828-830.

³³⁹ Wet 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *BS* 9 juli 1991.

³⁴⁰ Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978, err. *BS* 30 augustus 1978.

105. Uit dit alles kan dus geconcludeerd worden dat het feit dat *punitive damages* private straffen vertegenwoordigen, geen voldoende bezwaar is tegen de invoering ervan naar Belgisch recht. Niet alleen is de scheidingslijn tussen publiek- en privaatrecht een gedeeltelijk achterhaalde historische keuze, ook zijn er reeds op meerdere plaatsen in het recht private straffen terug te vinden. De houdbaarheid van dit bezwaar is dus onderkend. Over strafelementen in het privaatrecht kan immers het volgende worden gezegd: “*Oil and vinegar may not mix in solution but they combine to make an acceptable salad dressing*”.³⁴¹

§2. De regel van de integrale schadevergoeding en het objectief herstel

106. Zoals reeds hoger uiteengezet, is de voornaamste functie van het aansprakelijkheidsrecht deze van het vergoeden van de schade. Een van de bezwaren tegen *punitive damages* is dan ook dat dit de enige functie van het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen zijn.³⁴² Dit werd echter hoger al weerlegd. De vraag rijst op welke manier dit naar Belgisch recht wordt ingevuld. Dit is ook de vraag die schadelijders bezighoudt: een theoretische vergoedende functie is mooi op papier, maar de praktijk is des te belangrijker.

107. Naar Belgisch recht gebeurt de begroting van de schadevergoeding vanuit de insteek van de *integrale vergoeding – restitutio in integrum*³⁴³ van de *concrete schade*. Dit laatste wil zeggen dat deze schade wel effectief concreet moet worden begroot, tenzij dit onmogelijk is en een raming *ex aequo et bono* zich aandient.³⁴⁴ De schadelijder moet dus terug geplaatst worden in de toekomst waarin hij zich zou hebben bevonden als het schadeverwekkend feit zich niet had voorgedaan. Belangrijk bij deze integrale schadevergoeding is dat enkel de geleden schade mag worden vergoed, niet minder, maar zeker ook niet meer. Dit geldt ook voor morele schadevergoeding³⁴⁵: deze dient enkel om de pijn, de smart of enig ander moreel leed te lenigen en te herstellen.³⁴⁶ Hierbij geldt steeds de regel van het *objectief herstel*: er mag énk

³⁴¹ J. MORGAN, *l.c.* in *The Power*, (183) 191.

³⁴² L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 13-16.

³⁴³ Niet meer, niet minder: Cass. 2 mei 2012, *JLMB* 2012, afl. 27, 1290; Cass. 12 januari 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 1, 60; Cass. 21 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2283; Cass. 2 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1363; Cass. 29 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 123; Cass. 13 april 1995, *Arr.Cass.* 1995, 409; Cass. 23 december 1992, *Arr. Cass.* 1993, 1466; Cass. 14 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991, 855; Cass. 6 oktober 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 203; Cass. 28 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1206; Cass. 9 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 41; Cass. 11 maart 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 767; Cass. 18 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 691 en Cass. 15 mei 1941, *Pas.* 1941, I, 192; Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-08, afl. 1, 47, noot S. CALLENS; Brussel 20 februari 1996, *RGAR* 1997, 12824; Gent 26 december 1995, *T.Gez.* 1997-98, 34, noot en Antwerpen 25 juni 1980, *Limb. Rechtsl.* 1981, 136. Zie ook: J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1957, 200-203; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (856) 857-858 en 884-885; D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 21-22; J. SCHRYVERS, “Gemeenrechtelijke letselschade – de beginselen en hun schending”, *TAVW* 2001, (288) 294-295; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN en G. JOCQUÉ, “(Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling) Algemene beginselen”, *TPR* 2007, afl. 2, (941) 975 en I. SAMOY en M. AGUIRRE, “De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Schadeherstel, schadevergoeding en interesten” in S. STIJS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (97) 100 (hierna verkort: *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*).

³⁴⁴ Er blijkt sinds enkele jaren een duidelijke beweging op gang te zijn gekomen in de richting van een objectivering en een zekere normering van de schadebegroting, ingezet door de Indicatieve Tabel voor Schadevergoedingen. Hiermee komt men tegemoet aan de rechtsonzekerheid en vooral aan het gevoel van willekeur van de begroting door de individuele rechter. Het voordeel is dat er meer transparantie en een grotere voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken komt, wat voordelig is in het licht van rechtszekerheid. Daarnaast komt er een min of meer gelijke behandeling van schadelijders van gelijksoortige schadegevallen. Het neveneffect is dat de buitengerechtelijke afhandeling van schadegevallen sneller kan, wat voor schadelijders zeker handig is. Toch is het nog steeds mogelijk voor de rechter om af te wijken van de Indicatieve Tabel wanneer dit, vanuit zijn soevereine beoordeling, nodig lijkt. Het uitgangspunt blijft dus de concrete schadevergoeding, maar wanneer de schadelijder over onvoldoende aanwijzingen beschikt om deze concrete schade aan te tonen, is er nog steeds een vangnet en blijft de schadelijder niet in de kou staan. Het uitgangspunt is dus de vrije beoordeling, doch met de nodige hulpmiddelen om willekeur tegen te gaan (A. VAN OEVELEN, “Enige beschouwingen vanuit het oogpunt van het Belgische recht, bij de Principles of European Tort Law” in X., *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, (351) 361-362 (hierna verkort: *Vigilantibus ius scriptum*)).

³⁴⁵ Cass. 13 mei 2009, *Pas.* 2009, 1167 en Cass. 14 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991. Zie ook D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 71-73 en H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding*, 219 en 264: symbolisch karakter van belang.

³⁴⁶ Cass. 10 oktober 1972, *Pas.* 1973, I, 147. Bevestigd in o.a. Cass. 13 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1255. Zie ook L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, *l.c.*, *TPR* 1994, (856) 903-905; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1644-1645; C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 820; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN en G. JOCQUÉ, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (941) 952-953 en E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 229.

rekening worden gehouden met de omvang van de berokkende schade, niet met andere elementen.³⁴⁷ Enkel de berokkende schade wordt dus in acht genomen, al de rest – dus de omstandigheden omtrent het schadegeval – dient buiten beschouwing te worden gelaten.³⁴⁸ Zowel de minimum- als de maximumgrens worden via deze leer vastgelegd op de concrete schade.³⁴⁹ De rechter heeft hierbij een begrotingsvrijheid. Opvallend is dat deze regel als grondslag rechtspraak en rechtsleer heeft en geen wettelijke bepaling.

108. De regel van integrale schadevergoeding en objectief herstel belet dat er, bij de begroting, rekening wordt gehouden met de zwaarte van de fout van de schadeverwekkers³⁵⁰, zelfs als dit echt calculerend gedrag is.³⁵¹ Dit principe belet de rechter, althans in theorie, om de schadevergoeding aan te passen aan de zwaarte van de tekortkoming.³⁵² Toch is het voorgaande voornamelijk louter theorie en wordt door de feitenrechters in praktijk afbreuk gedaan aan het gestelde principe. Zij leggen immers vaak, gedekt³⁵³ door en schuilgaand achter de feitelijke, soevereine beoordeling van de omvang van de schade en het beginsel van de integrale schadevergoeding, een schadevergoeding op die rekening houdt met de ernst en zwaarte van de fout of omvang van de winst die de fout de schadeverwekker heeft opgeleverd.³⁵⁴ Impliciet kan hieruit afgeleid worden dat rechters menen dat de zwaarte van de fout van de schadeverwekker de berokkende schade vergroot. In praktijk zal dit voornamelijk zijn wanneer de fout overdreven roekeloos was, of opzettelijk werd veroorzaakt.³⁵⁵ Het besef dat men je opzettelijk schade berokkent, kan inderdaad zorgen voor groter leed. De ernst van de fout van de schadeverwekker en het morele leed zijn immers communicerende vaten, zo blijkt.³⁵⁶ Het psychische leed van het slachtoffer zal ernstiger zijn als de dader het slachtoffer bewust en in pijnlijke omstandigheden leed toebrengt, dan wanneer de schadeverwekker door een ongewilde onvoorzichtigheid

³⁴⁷ Dit verschilt enigszins van de concrete toepassing in Nederland. Daar is het uitgangspunt eveneens een integrale schadevergoeding van de concrete schade (T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 52-54) en T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 828-831), doch deze kan gematigd worden wanneer de toekenning van een volledige schadevergoeding in het licht van de concrete omstandigheden tot onbillijke resultaten zou leiden. Onder meer de draagkracht van partijen wordt in aanmerking genomen (art. 6:109 lid 1 NBW) (H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht.*, 219). Anderzijds is een abstracte begroting mogelijk bij immateriële schade (art. 6:97 NBW) (E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1751 en J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 287). Zie over het algemeen over de schadevergoedingsplicht: A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding II*, 1-36 en 82-89.

³⁴⁸ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 210-212; D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 22-23 (niet de vermogenstoestand van de partijen, de ernst van de schuld, het al dan niet verzekerd zijn, voordelen die de schadeverwekker haalt uit de onrechtmatige daad); J. SCHRYVERS, *l.c.*, *TAVW* 2001, (288) 293-294; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1642; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 665-666 en E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 227-229.

³⁴⁹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 818.

³⁵⁰ Een hybride uitspraak kan terug worden gevonden in het geval van schendingen van de discriminatiewetgeving, waarbij een verlaagd bedrag kan worden toegekend wanneer aangetoond kan worden dat dit de ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden zou kunnen zijn (= zwaarte fout), maar terug verhoogd kan worden vanwege de bijzondere ernst van de geleden morele schade (= schade): GwH 12 februari 2009, *NJW* 2009, afl. 201, 359, noot E. BREMS.

³⁵¹ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 234 en 236-244; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1644 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 666. Zie ook algemeen verwijzingen bij objectief herstel, voetnoot 348.

³⁵² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 8 en H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding*, 219-220.

³⁵³ Cassatie kan wel toetsen of de vergoeding niet hoger ligt dan de werkelijke schade, vandaar een voorzichtige raming: Cass. 13 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 40; Cass. 22 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1161; Cass. 14 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 69 en Cass. 30 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 866. Zie J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 216-222; D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 67-70; J. SCHRYVERS, *l.c.*, *TAVW* 2001, (288) 295; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN en G. JOCQUÉ, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (941) 1003-1004 en E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 229-232.

³⁵⁴ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 115; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 10 en B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 185. Een voorbeeld in de praktijk: Pol. Leuven 25 april 2003. Dit werd in hoger beroep wel hervormd: Corr. Leuven 2 oktober 2003. Beide arresten werden aangehaald in E. DE KEYSER, "Morele schade en andere schade bij overlijden" in X., *Handboek Letselschade Gemeen Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, (D.II.1/1) D.II.2/3-4. Ook: Rb. Brussel 15 oktober 2009, *AM* 2010, 202, nader besproken in B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 187 en Rb. Brussel 30 april 2002 en Rb. Brussel 16 november 1999, *AM* 2000, 132, nader besproken in E. DE KEYSER, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 820-821 en C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 335. Zie ook Rb. Hasselt 19 december 2003, *AM* 2004, afl. 4, 388: 'rekening gehouden met het eenmalig karakter'.

³⁵⁵ Dit wordt ook aangenomen door commentatoren van de PETL, cf. *infra*, nr. 109.

³⁵⁶ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 820.

schade veroorzaakt.³⁵⁷ Deze verdoken praktijk buiten beschouwing gelaten, is er echter geen grondslag om het financieel voordeel van de schadeverwekker toe te rekenen³⁵⁸, noch om de zwaarte van de fout in rekening te brengen, wat de totstandkoming van de lucratieve en de opzettelijke fout in de hand werkt. Toch blijkt uit deze praktijk dat het objectief herstel geen absolute gelding meer heeft.³⁵⁹

109. In art. 10:301, lid 2 PETL inzake extrapatrimoniale schade³⁶⁰ wordt de verdoken praktijk van de Belgische rechters gecodificeerd. Het artikel maakt expliciet melding van de zwaarte van de fout, maar tracht deze te combineren met de regel van de integrale schadevergoeding. Deze regel bepaalt immers dat er met de ernst van de fout van de schadeverwekker geen rekening mag worden gehouden bij de begroting van de schadevergoeding. Deze fout mag enkel meespelen als ze ernstig heeft bijgedragen tot *het berokkenen van de schade*. Dit is tegelijk een afwijzing en een toezegging van het betrekken van punitieve elementen in het aansprakelijkheidsrecht. Volgens de commentatoren van de PETL is de enige manier om het gedrag in rekening te brengen én trouw te blijven aan de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht, dit enkel te laten meespelen bij de ernst van het lijden van het slachtoffer, of dus algemeen gesteld: wanneer het bijdraagt aan het lijden van het slachtoffer.³⁶¹ In de praktijk zal hiermee dus enkel rekening kunnen worden gehouden wanneer de schade opzettelijk toegebracht is of door bewust roekeloos gedrag, zoals ook aanvaard wordt in voormelde (beperkte) Belgische rechtsleer en rechtspraak.³⁶² Nochtans erkent art. 10:101 PETL niet enkel de vergoedende functie, doch ook de preventieve functie, waarbij het vooruitzicht om aansprakelijk te worden gesteld de burgers ervan moet weerhouden zich aan schadeveroorzakend gedrag schuldig te maken.³⁶³ Art. 10:301, lid 2 PETL lijkt dus een afweging te zijn tussen toegeving en afwijzing van punitieve elementen, maar bij nader onderzoek is dit een toegift, op even verdoken wijze als de Belgische rechtspraak dit toepast.

110. Om de integraliteit van de schadevergoeding te waarborgen naar Belgisch recht, worden er ook interesten toegekend.³⁶⁴ Hierbij aansluitend wordt de vergoeding ook pas begroot op het ogenblik van de uitspraak van de rechter over het geschil.³⁶⁵ Om deze integraliteit niet te overschrijden, wordt er bij de begroting ook rekening gehouden met de eigen fout van het slachtoffer: een aansprakelijkheidsverdeling komt dan tot stand, met een vergoedingsvermindering tot gevolg.³⁶⁶ Hetzelfde kan gezegd worden in verband

³⁵⁷ J.M. BARENDRECHT, "Rechtvaardigheid en het *welbevinden* van slachtoffers", *NJB* 2003, afl. 23, (1175) 1176 en J. HERBOTS, *l.c.* in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, (141) 147.

³⁵⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 688-689.

³⁵⁹ B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 175.

³⁶⁰ "In het algemeen zal bij de begroting van zulke schadevergoeding rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, daarin begrepen de zwaarte, duur en gevolgen van het leed. De ernst van de fout van de dader zal enkel in rekening genomen worden wanneer deze op significante wijze heeft bijgedragen tot het leed van het slachtoffer", vertaald door H. COUSY en D. DROSHOUT, "De "Principles of European Tort Law" (PETL). Proeve van een Nederlandstalige versie" in X., *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, (71) 89.

³⁶¹ W.V.H. ROGERS, "Commentary: Art. 10:301. Non-Pecuniary Damage" in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen, Springer-Verlag, 2005, (171) 175 (hierna verkort: *Principles*).

³⁶² W.V.H. ROGERS, *l.c.* in *Principles*, (171) 176.

³⁶³ A. VAN OEVELEN, "Enige beschouwingen vanuit het oogpunt van het Belgische recht, bij de Principles of European Tort Law" in *Vigilantibus ius scriptum*, (351) 352.

³⁶⁴ J. SCHRYVERS, *l.c.*, *TAVW* 2001, (288) 299-301; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN en G. JOCQUÉ, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (941) 992-1002; A. VAN OEVELEN, "Enkele recente ontwikkelingen inzake schade en schadebegroting in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht" in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, (327) 355-364; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 666-670 en I. SAMOY en M. AGUIRRE, *l.c.* in *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, (97) 101-110.

³⁶⁵ D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 73-75 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 663-665.

³⁶⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 821-834.

met voordeelstoerekening.³⁶⁷ Dit alles doet geen afbreuk aan de integraliteit: de schade die effectief door de schadeverwekker werd berokkend, wordt immers geheel vergoed.

111. Deze beide regels worden traditioneel ingeroepen als bezwaar tegen de invoering van *punitive damages*. Immers, de kern bij dit rechtsinstrument is dat er rekening wordt gehouden met omstandigheden naast de schade, zoals de zwaarte van de fout en het al dan niet opzettelijk gedrag van de schadeverwekker. Dit bedrag overschrijdt daarenboven de bewezen schade en legt een extra vergoeding op, waardoor de integraliteit overstegen wordt.

Nochtans mag niet uit het oog verloren worden dat deze regels gegroeid zijn uit de overtuiging van rechtsgeleerden en het maatschappelijk inzicht te dien tijde. Uit de bespreking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht blijkt dat het maatschappelijk aanvoelen in die zin kan worden geïnterpreteerd dat de regel van de integrale schadevergoeding en het objectief herstel in bepaalde gevallen niet meer voldoet, o.a. bij lucratieve fouten. Is er niet immers nog slechts sprake van een ‘dogma’³⁶⁸ of een ‘verhaaltje dat gewoon een mythe is’³⁶⁹? Daarenboven moet men in gedachten houden dat er op een algemene regel uitzonderingen kunnen gemaakt worden.

Tot slot kunnen *punitive damages*, hoe onwaarschijnlijk dit ook mag blijken, net bijdragen aan de regel van de integraliteit en het objectief herstel. Doordat de rechtbank eerst afzonderlijk de compensatoire vergoeding dient te ramen en vervolgens dit bedrag te vermenigvuldigen met een welbepaalde ratio (cf. *infra*, nr. 171), zullen rechters bewuster omgaan met de raming van deze bedragen en bij dit basisbedrag effectief geen rekening houden met de zwaarte van de fout of het intentioneel karakter hiervan – er is geen sprake meer van een ‘opgeklopte’ begroting.³⁷⁰ Deze elementen zullen pas in acht worden genomen bij de raming van de *punitive damages*. De integraliteit en de objectiviteit kunnen dus in ere worden hersteld voor wat betreft de effectief compensatoire vergoeding.³⁷¹

112. Een geheel van deze kritieken kan tot de aanvaardbaarheid van *punitive damages* leiden als uitzondering op de algemene regel van integraal en objectief herstel, m.n. in het geval waarin de algemene regel tot een onrechtvaardig en onbillijk gevolg leidt. De erkenning van de preventieve functie, naast de schadevergoedende functie, kan hiertoe bijdragen.

§3. Ongrondwettigheid van *punitive damages* als private straffen³⁷² - strijdig met verdragen

113. De grondwettigheid van *punitive damages* wordt door critici in vraag gesteld. Dit moet niet verrassen, aangezien men ook in het Amerikaanse recht vragen stelt omtrent onder andere grondwettigheid.³⁷³ Meer bepaald komen 5^e³⁷⁴, het 8^e³⁷⁵ en het 14^e³⁷⁶ Amendement van de grondwet in opspraak (cf. *supra*, nr. 98).³⁷⁷

³⁶⁷ B. WEYTS, *l.c.*, RW 2005-06, afl. 42, (1641) 1643 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 680-687.

³⁶⁸ T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 830-831.

³⁶⁹ J. SCHRYVERS, *l.c.*, TAVW 2001, (288) 309.

³⁷⁰ T. HARTLIEF, *l.c.*, WPNR 2008, afl. 6772, (769) 776.

³⁷¹ Opvallend is dat deze regel ook geldt in het Engelse recht: om dezelfde reden?: S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 951-954.

³⁷² Ik volg hiervoor voornamelijk de structuur zoals vooropgesteld in C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 841-851. Deze structuur is helder en bevat een duidelijke gedachtegang, alsook een stevige weerlegging van de problematiek. Uiteraard werd deze gecontroleerd en geactualiseerd.

³⁷³ A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive Damages*, (155) 189-196; A.J. SEBOK, *l.c.* in *The Power*, (133) 133-145, i.h.b. 142-144 en M.A. GEISTFELD, “Due Process and The Deterrence Rationale for Punitive Damages” in *The Power*, (107) 107-118. Voor rechtspraak, zie voetnoot 283.

³⁷⁴ Double Jeopardy Clause.

De toets aan de Belgische grondwet en de door België geratificeerde verdragen blijkt echter niet voldoende om tot een ontoelaatbaarheid van *punitive damages* te besluiten.

i) *Schending legaliteitsbeginsel*

114. *Punitive damages* zouden ongrondwettig zijn wegens een schending van het legaliteitsbeginsel, zo stellen tegenstanders.³⁷⁸ Immers, het adagium ‘*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*’ wordt beschouwd als een basis voor de rechtsstaat. Art. 7 EVRM³⁷⁹, art. 15 BUPO³⁸⁰ en art. 12 lid 2 Gw. vormen de basis voor dit legaliteitsbeginsel en het *lex certa*-beginsel, waarbij straffen ingeschreven zijn en bovendien voldoende bepaald moeten zijn.³⁸¹ Engeland³⁸² en Amerika, de besproken toonbeelden van *punitive damages*, zijn beiden lid van BUPO en Engeland eveneens van het EVRM. Zij lijken dan ook geen conflict te zien tussen het legaliteitsbeginsel en deze verdragen.³⁸³ Voor bijzonder omschreven private straffen zou er geen probleem rijzen, doch bij een koppeling aan de onrechtmatige daad – dus het niet gedragen als een normaal, zorgvuldig, vooruitziend persoon – kunnen er problemen rijzen bij gebrek aan limitatieve opsomming.³⁸⁴

115. De voorvraag die moet worden gesteld is of deze bepalingen enkel gelden voor een strafrechtelijke veroordeling, of ook kunnen worden ingeroepen wanneer men spreekt over een privaatrechtelijke straf, zoals *punitive damages*. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) breidde het toepassingsgebied van art. 7 uit naar administratieve sancties die een strafkarakter hebben. Dit is wanneer zij er essentieel op gericht zijn het gedrag te bestraffen en het opnieuw voorkomen hiervan te verhinderen en daarbij tevens gericht zijn op het herstel van het nadeel; enige ernst van de sanctie is wel vereist.³⁸⁵ Een burgerrechtelijke sanctie kan dus eveneens onder dit toepassingsgebied vallen, wanneer zij aan voormelde vereisten voldoet, wat het geval zal zijn bij *punitive damages*. Ook de bepaling van de grondwet kan worden uitgebreid naar niet-strafrechtelijke sancties, zo bepaalde het Hof van Cassatie in een arrest over een dwangsom: enkel de wet kon deze private straf opleggen.³⁸⁶

116. Erg streng wordt dit beginsel niet ingevuld.³⁸⁷ Volgens het EHRM volstaat casuïstische rechtsvorming door de rechter om legaliteit te impliceren.³⁸⁸ Dat een rechter dus systematisch gaat oordelen over wanneer *punitive damages* kunnen worden toegekend, zou geen probleem zijn in het licht van art. 7 EVRM. Naar Belgisch recht is wel vereist dat de bepaling op zichzelf of samen met andere bepalingen

³⁷⁵ Excessive Fines Clause. Zie: F. MORGAN, “A Current Look at Punitive Damages”, 1995, <http://www.sbaer.uca.edu>, 3.

³⁷⁶ Due Process Clause. Over de toepasselijkheid van deze Clause is nochtans enige onduidelijkheid geweest: *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). Zie hierover T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 401-413 en J. GASH, *l.c.* in *The Power*, (65) 78-80.

³⁷⁷ A. VERHEI, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 73. Dit is vooral het geval met het ‘Multiple Punishments Problem’ en de excessiviteit: J. GASH, *l.c.* in *The Power*, (65) 76-78.

³⁷⁸ H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 302.

³⁷⁹ Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 november 1955, *err. BS* 29 juni 1961.

³⁸⁰ Internationaal Verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, *BS* 6 juli 1983.

³⁸¹ J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 284.

³⁸² Law Commission Report: duidelijk maken welk gedrag leidt tot sancties, niet té ruime discretionaire bevoegdheden: S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 949 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 19.

³⁸³ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 841-842.

³⁸⁴ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 841.

³⁸⁵ In de zaak EHRM 21 maart 2006, Valico S.R.L./Italië, <http://www.echr.coe.int>, nader besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 843.

³⁸⁶ Cass. 24 januari 1924, *Pas.* 1924, I, 151.

³⁸⁷ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 844-845. Zie ook EHRM 13 juli 1995, Miloslavsky/Groot-Brittannië, *NJ* 1996, 544, waar de voorzienbaarheid ruim wordt ingevuld in het licht van art. 10 EVRM: besproken in A. VERHEI, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 79-80 en R. VAN SCHAİK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 173.

³⁸⁸ EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis/Griekenland, *Publ. Eur. Gem. H.R., Series A*, nr. 260, nader besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 844.

voldoende precies de strafbare gedraging omschrijft, doch het volstaat dat het voor de schadeverwekker mogelijk is na te gaan welke feiten en nalatigheden zijn aansprakelijkheid met zich meebrengen, zelfs als de nadere omschrijving overgelaten wordt aan de rechter.³⁸⁹ Een rechterlijke beoordelingsbevoegdheid staat de legaliteit dus niet in de weg.³⁹⁰ Wel moet er een maximumgrens worden ingeschreven.³⁹¹ Enige onvoorspelbaarheid qua omvang, wat één van de tegenkantingen is, maakt op zich dus geen probleem uit.³⁹² Zich beroepen op de onrechtmatige daad in het algemeen, zou echter onvoldoende geconcretiseerd zijn.³⁹³

117. Bovendien heeft een private straf ook bepaalde kenmerken waarmee ze zich onderscheidt van een strafsancie en die toelaten dat het legaliteitsbeginsel op soepelere wijze wordt ingevuld.³⁹⁴ De onderzoeks- en opsporingsmiddelen van een burgerlijke partij zijn minder verregaand dan bij een strafprocedure, waardoor de privacy in mindere mate geschonden zal worden. Deze partij moet ook voldoende belang hebben de vordering in te stellen, bij gebreke aan een vervolgingsorgaan. Daarenboven kan enkel een geldelijke bestraffing worden opgelegd en geen vrijheidsberoving. De straf is daarnaast hoe dan ook minder stigmatiserend, mede doordat er geen strafregister voorhanden is. Tot slot mag een *punitive damage* enkel de bestraffing uitmaken voor de schade, veroorzaakt aan de eiser, en niet aan de gehele maatschappij.

118. Uit het voorgaande blijkt dat het legaliteitsbeginsel geen beletsel moet zijn om *punitive damages* naar Belgisch recht toe te staan. Een wettelijke bepaling die de basisbeginselen van de toepasbaarheid inschrijft doch ruimte laat voor rechterlijk oordelen maar een maximumgrens inschrijft, voldoet aan de vereiste legaliteit.

ii) *'Non bis in idem'-beginsel*

119. Het *'non bis in idem'*-beginsel, neergeschreven in artt. 14.7 BUPO en art. 4, °1 Protocol nr. 7 bij het EVRM³⁹⁵ en aanvaard als algemeen rechtsbeginsel³⁹⁶, wordt eveneens aangekaart als problematisch in het licht van de grondwettelijkheid.³⁹⁷ Zowel het Engelse recht als het Amerikaanse recht aanvaarden, het ene rechtsgebied soepeler dan het andere, de cumulatie tussen een strafrechtelijke veroordeling en een *punitive damage*. Er is immers een juridisch onderscheid te maken tussen een *'public wrong'* en een *'private wrong'* (cf. *supra*, nrs. 90 en 99).³⁹⁸ Deze cumulatie wordt dan ook aangevoerd door tegenstanders.

³⁸⁹ Cass. 24 augustus 1998, *Arr.Cass.* 1998, 370 en Cass. 25 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1212, beiden nader besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 844.

³⁹⁰ Arbitragehof nr. 92/2005 11 mei 2005, *BS* 24 juni 2005 (ed. 2).

³⁹¹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 846-847.

³⁹² Meer nog, bepaalde rechtsleer stelt net dat dit, samen met de onvoorspelbaarheid van de al dan niet toekenning, de sterkte is van *punitive damages*: L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 5. Dit klopt, aangezien er dan geen berekeningen kunnen worden gemaakt en men dus niet kan anticiperen: men zal over de gehele lijn zijn gedrag moeten aanpassen aan een rechtmatige standaard.

³⁹³ A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding IV*, 9.

³⁹⁴ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 420 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 845-847.

³⁹⁵ Op 1 juli 2012 in werking getreden.

³⁹⁶ L. VERMEULEN, "Over het *'non bis in idem'*-principe" (noot onder Cass. 25 mei 2011), *RW* 2011-12, afl. 38, (1673) 1674 en verwijzingen aldaar en J.-P. DIEPENDAELE, "Eenmaal? Andermaal? Cumul van administratieve sancties in de werkloosheid met strafsancies (of met administratieve sancties): de opflakking van een oud zeer", *RW* 2012-13, afl. 23, (882) 882-888. Zo ook in Nederland: J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 283.

³⁹⁷ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 848.

³⁹⁸ T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 420-421.

120. Wanneer *punitive damages* zouden worden ingevoerd in het Belgische recht, is er op het eerste zicht nochtans geen probleem.³⁹⁹ Het Hof van Cassatie besliste immers dat de overheid sancties van verschillende *internrechtelijke* aard, zoals administratiefrechtelijk, meer bepaald fiscaal, en strafrechtelijk, samen mogen opleggen, zelfs als⁴⁰⁰ de administratiefrechtelijke sanctie een repressief karakter zou hebben in de zin van art. 6 EVRM.⁴⁰¹ *Punitive damages*, burgerrechtelijk en van repressieve aard, wat hen onmiskenbaar hybride maakt⁴⁰², zouden dus gecumuleerd kunnen worden met een strafrechtelijke veroordeling. Strafrechtelijke veroordelingen zouden wel door de rechter in acht mogen worden genomen bij de beoordeling van deze *punitive damages*.

Nochtans kan recente rechtspraak van het EHRM roet in het eten gooien. Dit bepaalt immers dat art. 4 Protocol nr. 7 EVRM zo moet worden uitgelegd dat een berechting verboden is voor een tweede inbreuk als het strafbaar feit voortkomt uit identieke feiten of feiten die substantieel hetzelfde zijn, waarbij ‘feit’ duidt op een materieel feit, dus de gedraging, en niet een juridisch feit.⁴⁰³ Het betreft dus een gelijkheid van feiten in plaats van een gelijkheid van inbreuken.⁴⁰⁴ Het Hof van Cassatie geeft echter een eigen invulling aan dit gegeven, nl. door te stellen dat het ‘*non bis in idem*’-beginsel niet geschonden is wanneer de bestanddelen van twee misdrijven in wezen niet dezelfde zijn⁴⁰⁵, m.n. vooral het bedrieglijk inzicht en dus het moreel element.⁴⁰⁶ Hoewel dit sterk bekritiseerd wordt als een strijdigheid met de EHRM-rechtspraak en de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof⁴⁰⁷, lijkt het Hof van Cassatie zich hiervan expliciet te distantiëren⁴⁰⁸ en de cumulatie toch te aanvaarden.⁴⁰⁹ De constitutieve elementen van *punitive damages* zoals vooropgesteld in art. 1383bis BW (cf. *infra*, nrs. 158-161) verschillen immers van strafrechtelijke misdrijven. Doordat het 7^e Protocol inmiddels geratificeerd is, kan de houdbaarheid van deze cassatierechtspraak echter in vraag worden gesteld.⁴¹⁰

In de praktijk hoeft dit nochtans geen knelpunt te zijn. De meerderheid van de gevallen waarin *punitive damages* zouden worden toegekend, wordt immers getekend door ofwel een gebrek aan strafbepaling, ofwel een strafrechtelijke straffeloosheid, waarbij geen vervolging voorhanden is. Om van ‘bis’ te spreken is

³⁹⁹ In de Nederlandse rechtsleer wordt geen probleem gevonden: J. BOOT, *L.c.*, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 206-207. Zie echter kritisch: P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, *L.c.*, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 284-285.

⁴⁰⁰ Of dit het geval is, cf. *infra*, nr. 123 toetsing aan Engel-criteria.

⁴⁰¹ Cass. 24 januari 2002, *RW* 2002-03, afl. 26, 1017, noot en Cass. 5 februari 1999, *RW* 1999-2000, 640, noot. Zie hierover: J.-P. DIEPENDAELE, *L.c.*, *RW* 2012-13, afl. 23, (882) 885-886.

⁴⁰² L. MEURKENS, *L.c.* in *The Power*, (3) 5.

⁴⁰³ EHRM 10 februari 2009, *Zolotoukhine/Rusland*, *RABG* 2009, afl. 13, 871, noot P. HOET, overwegingen 82-84. Zie hierover: L. VERMEULEN, “Over het ‘*non bis in idem*’-principe” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *RW* 2011-12, afl. 38, (1673) 1675 en J.-P. DIEPENDAELE, *L.c.*, *RW* 2012-13, afl. 23, (882) 887-888.

⁴⁰⁴ P. HOET, “Gelijkheid van feiten of van inbreuken en van strafrechtelijke vervolgingen of van vervolgingen met een strafrechtelijk karakter?” (noot onder EHRM 10 februari 2009), *RABG* 2009, afl. 13, (890) 890-891.

⁴⁰⁵ Cass. 25 mei 2011, *RW* 2011-12, afl. 38, 1673, noot L. VERMEULEN.

⁴⁰⁶ Hiermee knoopt het aan bij oudere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: GwH 18 juni 2008, nr. 91/2008, www.const-court.be. Zie hierover: J.-F. NEVEN en H. MORMONT, “Cumul des sanctions administrative et pénale en matière de chômage: la Cour de cassation ignore-t-elle la jurisprudence de Strasbourg sur l’identité d’infraction?” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *JT* 2011, afl. 6449, (651) 653-654 en L. VERMEULEN, “Over het ‘*non bis in idem*’-principe” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *RW* 2011-12, afl. 38, (1673) 1674. Het gaat wel in tegen de nog recentere rechtspraak van het EHRM, waarbij expliciet de intentie als geen geldig onderscheid van ‘idem’ werd beschouwd: EHRM 16 juni 2009, *Ruotsalainen/Finland*, www.echr-coe.int: P. HOET, *L.c.*, *RABG* 2009, afl. 13, (890) 895-898 en L. VERMEULEN, *L.c.*, *RW* 2011-12, afl. 38, (1673) 1675-1676.

⁴⁰⁷ GwH 29 juli 2010, www.const-court.be, overweging B.4.5 (NBII verbiedt te vervolgen voor tweede ‘misdrijf’ voor zover identieke feiten of feiten die in hoofdzaak hetzelfde zijn, eraan ten grondslag liggen) en Arbitragehof 26 april 2007, www.const-court.be, overweging B.11 (EHRM: 2^e vervolging voor inbreuken met zelfde essentiële elementen problematisch). Zie hierover ook: G.-F. RANERI, “*Non bis in idem* – La Cour de cassation rejette-t-elle la jurisprudence *Zolotoukhine*?” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *JTT* 2012, afl. 1118, (52) 53.

⁴⁰⁸ L. VERMEULEN, *L.c.*, *RW* 2011-12, afl. 38, (1673) 1676-1677 en G.-F. RANERI, *L.c.*, *JTT* 2012, afl. 1118, (52) 53-54.

⁴⁰⁹ Toch ook goedkeuring in de rechtsleer: J.-F. NEVEN en H. MORMONT, *L.c.*, *JT* 2011, afl. 6449, (651) 654-655.

⁴¹⁰ J.-P. DIEPENDAELE, *L.c.*, *RW* 2012-13, afl. 23, (882) 890-892.

immers een definitief en onherroepelijk vonnis of dito administratiefrechtelijke vervolging vereist.⁴¹¹ Deze straffeloosheid zal zeker het geval zijn bij lucratieve fouten in het kader van persmisdrijven en hoogstwaarschijnlijk ook in het kader van milieuhandhaving of mededingingsrechtelijke inbreuken. Ook op een bedrieglijke fout (cf. *infra*, nr. 161) staat geen strafsanctie. Bovendien wordt er enerzijds, bij de raming van *punitive damages*, ook rekening gehouden met het feit of er reeds een strafrechtelijke veroordeling was.⁴¹² Doordat een relatief laag bedrag wordt opgelegd, kan men trachten aan de ‘straf’-kwalificatie in de zin van art. 6 EVRM te ontkomen (cf. *infra*, nr. 123), zodat het ‘*non bis in idem*’-beginsel in principe niet zal gelden. De onduidelijkheid hierover moet op dit vlak met beide handen worden aangegrepen. Anderzijds kan ook gesteld worden dat er geen sprake kan zijn van een ‘vervolging’ in de zin van art. 6 EVRM, zodat *punitive damages* hoe dan ook onder het toepassingsgebied van art. 6 glijpen.⁴¹³ Voorzichtigheid met dit subsidiair tweeledig verweer is wel geboden.

121. Een andere vraag die men zich kan stellen is of het mogelijk is dat er meerdere malen *punitive damages* worden opgelegd, terwijl men niet tweemaal strafrechtelijk beboet kan worden voor hetzelfde laakbare gedrag. Een probleem hoeft zich, op het eerste zicht, niet noodzakelijk te stellen.⁴¹⁴ Het is immers zo dat de publiekrechtelijke aard van een strafsanctie inhoudt dat men gestraft wordt voor de gevolgen die men toebrengt aan de maatschappij wegens een schending van de openbare orde. *Punitive damages* worden echter initieel toegekend wegens een schending van private belangen, die van geding tot geding kunnen verschillen. Een bepaalde roekeloze, opzettelijke of berekende handeling kan immers schade toebrengen aan meerdere, aparte, private personen. De maatschappij heeft ontgensprekelijk baat bij de vervolging op straffend, preventief en ontradend gebied, maar het startpunt van de procedure is de schending van private belangen. Bovendien is een belang vereist voor het instellen van een vordering en staat deze vordering tot *punitive damages* niet op zich maar is ze accessoir aan een aansprakelijkheidsvordering (cf. *infra*, nr. 178). Daarnaast mag men ook enkel straffen voor de schade die veroorzaakt werd aan de eiser en niet aan derden. Op dat vlak is er geen gelijkstelling mogelijk: men wordt niet meerdere malen gesanctioneerd voor eenzelfde rechtssituatie, maar wel omwille van de verschillende gevolgen die voortvloeien voor meerdere personen. Doordat de bedragen in omvang beperkt zullen blijven en *punitive damages* niet worden aangewend ter bestraffing van de schade aan derden⁴¹⁵, rijst er dus op het eerste zicht geen probleem. In de gevallen waarin

⁴¹¹ P. HOET, *l.c.*, *RABG* 2009, afl. 13, (890) 898-899 en L. VERMEULEN, *l.c.* *RW* 2011-12, afl. 38, (1673) 1678.

⁴¹² Cf. *infra*, art. 1383bis §2 °1 BW, nr. 183.

⁴¹³ E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 160. Voorzichtigheidshalve moet aangenomen worden dat een dagvaarding als ‘*official notification*’ kan gelden (EHRM 27 februari 1980, Deweer/België, *NJ* 1980, 561, par. 44 en 46), en de positie van de schadeverwekker essentieel beïnvloed wordt, waardoor de waarborgen zouden moeten spelen. Hierop moet geanticipeerd worden. Zie echter contra: J. BOOT, *l.c.*, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 205-206: boete niet resultaat van vervolging door autoriteit (i.t.t. bij administratiefrechtelijke boete!!!) die de positie substantieel beïnvloedt. De auteur waarschuwt wel zelf over het grote belang dat gehecht wordt aan straf, veeleer dan aan vervolging, waardoor zijn redenering ondergraven zou kunnen worden. Bovendien: door de rechter uiteindelijk opgelegd, ook al gevorderd door partij (EHRM 25 maart 1983, Minelli/Zwitserland, *NJ* 1986, 698, par. 28); P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, *l.c.*, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 282 en 285.

⁴¹⁴ Zie contra: E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1756: enkel gedragingen die sindsdien hebben plaatsgevonden of nog niet zijn verdisconteerd – wel twijfel over toepasselijkheid beginsel.

⁴¹⁵ Hiermee alluderend op de zaak *Philip Morris USA v. Williams*, cf. *supra*, nr. 98. Zie ook als bespreking van deze problematiek: V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 30 en 44-45 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 301-302, waarbij een berekeningswijze wordt vooropgesteld in het kader van een *class action* (*Riches v News Group Newspapers*): 1) alle schadevergoedingen optellen, 2) als dat bedrag te laag is om straffend te zijn, een som toevoegen, 3) de som verdelen onder alle klagers.

Zie echter contra, bij reeds een veroordeling van Europese Commissie voor kartelinbreuken: High Court England, *Devenish Nutrition Ltd. v Sanofi-Aventis Sa (France) and Others* (2007) EWHC 2394 (Ch), (2008) 2 WLR 637, nader besproken in J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen* 2009, (249) 283-284: moeilijkheid van aan wie toewijzen, reeds veroordeeld, ook moeite gehele strafmaat in te perken.

hard kan worden gemaakt dat een dubbele veroordeling nodig is om voldoende af te schrikken, mag dit beginsel immers niet in de weg staan van het preventief effect.⁴¹⁶

In het licht van de recente EHRM-rechtspraak, waarbij niet de juridische feitelijkheid maar wel de materiële feitelijkheid vooropgesteld wordt, is enige creativiteit vereist. Het is immers mogelijk dat eenzelfde feitelijke gedraging ten grondslag ligt aan de verschillende schadeposten bij meerdere personen. Een oplossing kan enerzijds gezocht worden in het feit dat de rechter rekening kan houden met reeds eerder opgelegde *punitive damages* voor die handeling⁴¹⁷, waardoor het beperkte bedrag mogelijks de kwalificatie van ‘straf’ in de zin van art. 6 EVRM afwendt (cf. *infra*, nr. 123), zodat het beginsel geheel niet speelt. Anderzijds kan ook gesteld worden dat er geen sprake kan zijn van een vervolging. Enige voorzichtigheid is, zoals reeds aangehaald, wel geboden. Op dit vlak kan er dus een probleem rijzen en is het wachten op een uitspraak van het EHRM over het karakter van *punitive damages* in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.⁴¹⁸ Nochtans moet beklemtoond worden dat het niet gaat om de kern van het strafrecht en een versoepeling dus gerechtvaardigd is (cf. *supra*, nr. 117 en *infra*, nr. 126). Echte problemen zullen aldus niet snel rijzen.

iii) *Waarborgen van artikelen 6 EVRM en 14 BUPO, anders dan legaliteit en ‘non bis in idem’*

122. Naast het legaliteitsbeginsel en ‘*non bis in idem*’ bevatten artt. 6 EVRM en 14 BUPO nog andere procesrechtelijke waarborgen. De vraag rijst echter of deze waarborgen wel bepalend mogen zijn voor de al dan niet inpasbaarheid van *punitive damages* in het Continentaal-Europese recht.⁴¹⁹ De waarborgen die onverkort gelden, ook in een burgerlijke zaak⁴²⁰, zijn deze van gelijkheid voor de rechter en rechterlijke instanties met volledige rechtsmacht, recht op een eerlijk proces, openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige bij wet ingestelde rechterlijke instantie en de behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn.⁴²¹ *Punitive damages* moeten steeds in rechte gevorderd worden zodat er zich op dat vlak geen probleem stelt, gelet op de burgerrechtelijke procesregels.

123. Daarnaast zijn er echter ook waarborgen die enkel gelden in het kader van een strafvervolging. De autonome invulling van het begrip ‘straf’ conform art. 6, vereist een toets aan het preventief en repressief karakter van de norm die werd overschreden.⁴²² Dit is een concretisering van de vereiste toets aan de aard van de inbreuk, één van de drie ‘Engel-criteria’.⁴²³ Dit wordt ook nader ingevuld a.d.h.v. de algemene draagwijdte⁴²⁴ en de aard van de beschermde belangen⁴²⁵. Daarnaast is alternatief of cumulatief⁴²⁶ ook de aard

⁴¹⁶ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1810.

⁴¹⁷ Art. 1383bis §2, °4: ‘persoon van schadeverwekker’, nr. 183.

⁴¹⁸ ⇔ In EHRM 25 december 2006, Blake/UK: *punitive damages for breach of contract geen straf*, want contract behoudt burgerlijke aard doordat tekortkoming contractuele wanprestatie is. Dit verschilt van *punitive damages*, opgelegd in het kader van een buitencontractuele aansprakelijkheid – schending algemene norm i.p.v. civielrechtelijk contract!: E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 157-158. Over vervolging: zie voetnoot 413.

⁴¹⁹ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 20.

⁴²⁰ Waartoe *punitive damages* behoren: EHRM 27 augustus 1991, Demicoli/Malta, <http://www.echr.coe.int>, par 33. Zie ook: B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 15-17.

⁴²¹ Zie ook: C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 849.

⁴²² C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 849-850 en E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 156 en 158-159 (hierin verschilt het van een dwangsom). O.a.: EHRM 31 mei 2011, Kurdov en Ivanov/Bulgarije, par. 39; EHRM 14 januari 2010, Tsonyo Tsonev/Bulgarije, par. 49 en EHRM 10 februari 2009, Sergueï Zolotoukhine/Rusland, allen raadpleegbaar op <http://www.echr.coe.int>.

⁴²³ Zie ook: B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 17-22.

⁴²⁴ *In casu*: dit is het geval want gericht op iedereen die handelingen pleegt onder de toepassingsvoorwaarden.

Nochtans: dwangsom niet, want enkel voor *contractspartijen*, geen door de wet voorgeschreven sanctie én kan ontkomen worden door hoofdveroordeling te voldoen, ernst bepaald door nalatige partij. Hierin verschilt de *punitive damage*: niet ontkomen, wel gevorderd maar rechter bepaalt de ernst, geen contractsbasis DUS *a contrario*: wel onder art. 6 EVRM: E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 157-158 en B.

en de ernst van de sanctie⁴²⁷ van belang, waarbij het moet gaan om een vervolging van een inbreuk.⁴²⁸ De internrechtelijke kwalificatie, als derde toets, is niet determinerend en slechts formeel en relatief van belang⁴²⁹, zodat het feit dat we dit een *privaatrechtelijke* straf noemen niet van die aard is aan de toepassing van het gehele artikel te ontsnappen.⁴³⁰ Cassatie hanteert een gelijkaardige toetsing.⁴³¹ *Punitive damages* in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht zouden in die zin dus als een straf in de zin van art. 6 EVRM kunnen worden gekwalificeerd⁴³², gelet op de aard van de norm, nl. door het repressieve en preventieve karakter en de algemene draagwijdte, en de aard van de sanctie, nl. gericht op een grote groep personen. Dit kan zeker wanneer het bedrag een zekere omvang heeft, hoewel hierover in de rechtsleer nog enige betwisting bestaat.⁴³³ Het in de Amerikaanse rechtsleer gemaakte onderscheid of er algemene dan wel bijzondere ontrading wordt nagestreefd met voormeld bedrag, is niet houdbaar.⁴³⁴ Als besluit kan worden gesteld dat er eerder tot een straf dan tot geen straf moet besloten worden.⁴³⁵ Eenzelfde onzekerheid geldt in verband met het vervolgingsbegrip.⁴³⁶ Deze twijfel en onzekerheid nopen tot de nodige voorzichtigheid, waardoor de overige waarborgen dus eveneens zouden kunnen gelden.⁴³⁷ Een voorafgaande toets is vereist, om tot de invoering van *punitive damages* te kunnen besluiten.

124. Het vermoeden van onschuld (artt. 6.2 EVRM en 14.2 BUPO) wordt, bij de kwalificatie als ‘straf’, als problematisch aangekaart volgens de rechtsleer, in het geval van een objectieve aansprakelijkheid en door de wet ingestelde aansprakelijkheidsvermoedens.⁴³⁸ Nochtans hoeft dit geen probleem te zijn, aangezien *punitive damages* slechts in een beperkt aantal gevallen zouden kunnen worden toegekend, waarbij het gedrag van de schadeverwekker van groot belang is. Een objectieve aansprakelijkheid of een aansprakelijkheidsvermoeden als grondslag voor de aansprakelijkheidsvordering op zich is evenmin een probleem, aangezien voor de toekenning van *punitive damages* bijzondere foutvereisten zullen worden

VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 21-22 (ook: enkel ter bescherming van goede orde in burgerlijke procedures ⇔ schending andermans rechten + niet gebaseerd op wanprestatie die enkel civielrechtelijk is o.b.v. contract).

⁴²⁵ *In casu*: als permisdrijf, beschermd door strafrecht normaal, ook: bescherming integriteit, ... Zie over beide toetsen: B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 19 en verwijzingen aldaar.

⁴²⁶ In principe alternatief, tenzij twijfel, dan cumulatief: P. HOET, *l.c.*, *RABG* 2009, afl. 13, (890) 892-893 en E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 155.

⁴²⁷ Daarnaast wordt ook rekening gehouden met de groep personen op wie de regel gericht is (*in casu*: de hele bevolking – dus strafkarakter gemakkelijker aanvaard) en of de beschermde waarden normaal onder de beschermingsfeer van het strafrecht vallen, zoals de menselijke waardigheid en openbare orde (*in casu*: als permisdrijf wel!): P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, *l.c.*, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 281 en B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 19 en verwijzingen aldaar.

⁴²⁸ *In casu*: inbreuk op andermans rechten, dus mogelijk onder straf! B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 20 en verwijzingen aldaar.

⁴²⁹ EHRM 21 februari 1984, Öztürk/Duitse Bondsrepubliek, *T.Vred.* 2002, afl. 5, 308. Ook: B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 18.

⁴³⁰ De drievoudige toets werd voor het eerst toegepast in EHRM 8 juni 1976, Engel/Nederland. Dit werd later ook toepasselijk verklaard op zaken van fiscale toeslag: EHRM 23 november 2006, Jussila/Finland, *RW* 2009-10, afl. 3, 123. Deze criteria werden later overgenomen en verijnd in EHRM 21 februari 1984, Öztürk/Duitse Bondsrepubliek, *T.Vred.* 2002, afl. 5, 308; EHRM 23 juli 2002, Vastberga Taxie Aktiebolag - Janosec/Zweden, *NJB* 2002, afl. 35, 1755 en EHRM 1 februari 2005, Ziliberberg/Moldavië, <http://www.echr.coe.int>. Deze laatste 3 werden o.a. aangehaald in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 850.

⁴³¹ Cass. 6 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1216: “Om uit te maken of een administratieve sanctie een strafsanctie is in de zin van art. 15 BUPO, moet nagegaan worden of ze niet slechts een bepaalde groep met een particulier statuut betreft, een bepaald gedrag voorschrijft en op de niet-naleving ervan een sanctie stelt, niet alleen een vergoeding van schade betreft, maar essentieel ertoe strekt te straffen om herhaling van gelijkaardige handelingen te voorkomen, stoelt op een norm met een algemeen karakter, waarvan het oogmerk tezelfdertijd preventief en repressief is en of ze zeer zwaar is gelet op het bedrag ervan. Indien na afweging van deze elementen blijkt dat de strafrechtelijke aspecten doorslag geven, moet de administratieve sanctie beschouwd worden als een strafsanctie in de zin van de aangewezen verdragsbepaling.” Zie hierover: J.-P. DIEPENDAELE, *l.c.*, *RW* 2012-13, afl. 23, (882) 883.

⁴³² ⇔ contractueel: cf. *supra*, voetnoot 418.

⁴³³ Contra: E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 430. Pro: J. BOOT, *l.c.*, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 205; P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, *l.c.*, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 280-283 en J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen* 2009, (249) 282.

⁴³⁴ T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 473-474.

⁴³⁵ Ook in Amerika wijst men op de waarborgen die moeten gelden, aangezien het fundamenteel om een bestraffing gaat, zij het dan van een ‘private wrong’: T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 444-456.

⁴³⁶ Over de autonome invulling van ‘vervolgning/charge’: zie *supra*, voetnoot 413.

⁴³⁷ E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1753-1754.

⁴³⁸ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 19 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 850.

opgesteld (cf. *infra*, nrs. 158-161). Deze foutvereiste wordt weliswaar versoepeld door een vermoeden in het kader van de lucratieve fout, doch aan dit wettelijk vermoeden ligt alweer een fout ten grondslag en zijn grenzen gesteld, zodat het vermoeden van onschuld niet geschonden wordt.⁴³⁹ Er zal immers nog steeds een winst aannemelijk moeten worden gemaakt en een fout moeten worden aangetoond. Daarenboven kan ‘*in dubio pro reo*’ soepeler worden ingevuld en de privaatrechtelijke gerechtelijke zekerheid spelen, doordat de bestraffing enkel de schade van de eiser betreft en niet de schade, veroorzaakt aan de gehele maatschappij. Een flexibelere houding is dus gerechtvaardigd. De hele maatschappij heeft er wel baat bij, doch de omvang blijft toegespitst op bestraffing wegens gedrag jegens de eiser.

125. Art. 14.5 BUPO vereist een beroepsmogelijkheid. Een burgerlijke zaak waarin de vrederechter in eerste en laatste aanleg beslist zou dus een probleem geven.⁴⁴⁰ Gelet op het feit dat de beoordeling van *punitive damages* tot exclusieve bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg zou behoren (cf. *infra*, nr. 180), is dit probleem deels van de baan. Eventueel moet art. 617 Ger.W., wat in een beperking op de beroepsmogelijkheid voorziet op basis van het bedrag van de vordering, aangepast worden.⁴⁴¹

126. Over het algemeen is echter een flexibelere houding ten opzichte van *punitive damages* wenselijk in het licht van al deze waarborgen, net als in het licht van het legaliteitsbeginsel. Zij behoren immers niet tot de kern van het strafrecht⁴⁴²: gradaties in bescherming zijn gerechtvaardigd. Zo zou een mondelinge zitting niet vereist zijn en volstaat een schriftelijke procedure, mits eerbiediging van het recht van verdediging.⁴⁴³ Deze versoepeling kan ondersteund worden doordat *punitive damages* onder het internationaal *privaatrecht* vallen, wat een aanduiding is dat de burgerlijke aard naast het straffend karakter een belangrijke rol speelt.⁴⁴⁴

127. Deze waarborgen beletten dus evenmin de invoering van *punitive damages*, bij gebrek aan enige strijdigheid hiermee.

iv) *Artikelen 10-11 Gw.*

128. De vraag rijst, naast de toets aan het EVRM en BUPO, of onze eigen grondwet zich niet zou verzetten tegen de invoering van deze rechtsfiguur. Hiervoor wordt voornamelijk gekeken naar een arrest van het (toenmalig) Arbitragehof van 21 januari 1998⁴⁴⁵, ook wel eens het ‘Konijnenschade-arrest’ genoemd. Het Hof moest zich hier uitspreken over een prejudiciële vraag, gesteld omtrent art. 7*bis* van de Jachtwet⁴⁴⁶. Dit artikel kende aan diegene die benadeeld werd door schade aan vruchten en gewassen, veroorzaakt door konijnen, een vergoeding toe, gelijk aan het dubbele van de werkelijk geleden schade – dus een vorm van ‘*double damage*’. Het Hof oordeelde dat deze bepaling strijdig was met het gelijkheids- en het niet-

⁴³⁹ Het EVRM sluit geen wettelijke vermoedens van schuld uit, wanneer deze aan grenzen zijn gesteld en ze weerlegbaar zijn: P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, *l.c.*, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 283 met verwijzing naar EHRM 23 juli 2002, Janosevic/Zweden, *EHRC* 2002, 88 en EHRM 7 oktober 1988, Salabiaku/Frankrijk, *NJCM-Bulletin* 1989, 495. Art. 1383*bis* BW voldoet aan deze vereisten!

⁴⁴⁰ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 850.

⁴⁴¹ “De vonnissen van de rechtbank van eerste aanleg en van de rechtbank van koophandel, waarbij uitspraak wordt gedaan over een vordering waarvan het bedrag 1.860 EUR niet overschrijdt, worden gewezen in laatste aanleg. (...)”. Zie hierover: J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, 671-672. Toch is de kans relatief klein dat hiervan moet worden afgeweken, gelet op het uiterste lage bedrag dat niet zou kunnen voldoen aan zowel compensatoire vergoeding als *punitive damage*.

⁴⁴² E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 161; J. BOOT, *l.c.*, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, (200) 206 en P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, *l.c.*, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 281.

⁴⁴³ EHRM 23 november 2006, Jussila/Finland, <http://www.echr.coe.int>, par. 43.

⁴⁴⁴ C. NAGY, “Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe”, *NIPR* 2012, afl. 1, (4) 5.

⁴⁴⁵ Arbitragehof nr. 5/98 21 januari 1998, www.const-court.be. Dit werd ook besproken in H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding*, 219-220.

⁴⁴⁶ Jachtwet 28 februari 1882 (gewijzigd door Wet 4 april 1990), *BS* 3 maart 1882.

discriminatiebeginsel. Het Hof toetst immers de *ratio legis* van de bepaling. Deze werd ingevoerd om te reageren op de konijnenplaag die een gevaar vormde voor de landbouw, gelet op de snelle vermenigvuldiging van konijnen – het was een algemene ramp waartegen krachtdadig moest worden opgetreden.⁴⁴⁷ Het Hof las in de maatregel zowel een preventieve als een herstellende functie. Weliswaar wijst het Hof uitdrukkelijk op de gewijzigde feitelijke omstandigheden, nl. op het feit dat de vermenigvuldiging van konijnen sterk en op duurzame wijze is verminderd, als gevolg van diverse ziekten, zodat de konijnen nog bezwaarlijk als een plaag konden worden beschouwd.⁴⁴⁸ Een wet met een preventief karakter zou, zo stelt het Hof, kunnen worden verantwoord op grond van de enkele zorg te voorkomen dat de kwaal die met de aanneming van die wet werd bestreden, zich opnieuw zou voordoen. Zelfs in dat geval zou die zorg echter geen maatregel kunnen verantwoorden die sterk van de gemeenschappelijke beginselen afwijkt dan indien het aanhoudende karakter van het uitzonderlijk gevaar zou worden aangetoond.⁴⁴⁹ Op basis daarvan beoordeelt het Hof de dubbele schadevergoeding als niet meer evenredig ten opzichte van de doelstelling van de wetgever.⁴⁵⁰

129. Bepaalde rechtsleer leest hierin een visie van het Arbitragehof die weinig hoopgevend is inzake de toelating van *punitive damages*.⁴⁵¹ Andere rechtsleer voorziet geen fundamentele problemen als gevolg van deze rechtspraak. Artt. 10-11 Gw. zouden volgens deze laatste visie enkel een bezwaar vormen tegen de invoering van *punitive damages* in zeer specifieke gevallen, dus afwijkingen van het gemene recht, maar zouden wel verzoenbaar zijn met een gemeenrechtelijke regeling die een bestraffende vergoeding mogelijk zou maken. Specifieke vereisten waarvan de toekenning afhankelijk zou zijn, moeten wel voldoen aan de vereisten van artt. 10-11 GW.⁴⁵²

130. Juridisch gezien is de laatste visie genuanceerder en sterker onderbouwd. Hoewel het legaliteitsbeginsel specifieke normen verkiest boven eerder vage begrippen waarbij een rechterlijke beoordeling aan te pas moet komen, wordt aanvaard dat ook deze laatste categorie van normen voldoet aan de vereiste legaliteit. Een gemeenrechtelijke invoering van *punitive damages* kan dus volstaan (cf. *supra*, nr. 116 en *infra*, nrs. 155-156). Uit een nauwgezette lezing van het arrest, kan ook de conclusie getrokken worden dat gemeenschappelijke beginselen geen probleem vormen en specifieke normen strikter beoordeeld worden als zijnde onevenredig. Dit kan ook ondersteund worden doordat het Hof de *ratio legis* van de bepaling onder de loep neemt en concreet toetst of de feitelijke omstandigheden hieraan nog voldoen. Een algemene normstelling inzake *punitive damages* vormt, wanneer deze nochtans voldoende genuanceerd is en aangepast wordt aan de wijde maatschappelijke problematiek, geen probleem in het licht van artt. 10-11 Gw, gelet op het potentieel ruim toepassingsgebied van begunstigden.⁴⁵³

⁴⁴⁷ Besproken in 'Konijnschade-arrest II': Arbitragehof nr. 53/98 20 mei 1998, <http://www.const-court.be>, par. B.5.1.

⁴⁴⁸ Arbitragehof nr. 5/98 21 januari 1998, www.const-court.be, par. B.8.1 lid 1 en Arbitragehof nr. 53/98 20 mei 1998, <http://www.const-court.be>, par. B.7.1 lid 1.

⁴⁴⁹ Arbitragehof nr. 5/98 21 januari 1998, www.const-court.be, par. B.8.1 lid 2 Arbitragehof nr. 53/98 20 mei 1998, <http://www.const-court.be>, par. B.7.1 lid 2.

⁴⁵⁰ Arbitragehof nr. 5/98 21 januari 1998, www.const-court.be, par. B.8.2 en Arbitragehof nr. 53/98 20 mei 1998, <http://www.const-court.be>, par. B.7.2.

⁴⁵¹ B. WEYTS, *l.c.*, RW 2005-06, afl. 42, (1641) 1651.

⁴⁵² C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 851.

⁴⁵³ Dit is verschillend van een specifiek probleem, zoals konijnenplagen die schade veroorzaken aan gewassen en vruchten. De bepaling van de Jachtwet kwam immers slechts ten goede aan een beperkt deel van de maatschappij, nl. landbouwers.

v) *EVRM- en EHRM-visie op punitive damages?*

131. Gelet op de bespreking van de waarborgen in het EVRM, is het nuttig te kijken hoe het EHRM tegenover *punitive damages* staat. De eerste vraag die rijst, is of het EHRM zelf *punitive damages* toekent.

132. Uit rechtspraakonderzoek blijkt dat het Europees Hof geen *punitive damages* toekent, aangezien deze strijdig zouden zijn met art. 41 EVRM. Dit artikel bepaalt immers dat, als een schending van het EVRM of zijn protocollen heeft plaatsgevonden en het nationaal recht slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, het Hof indien nodig een billijke genoegdoening toekent aan de benadeelde.⁴⁵⁴ Het Hof is echter van oordeel dat *punitive damages* niet onder de noemer van ‘billijke genoegdoening’ vallen.⁴⁵⁵ *Punitive damages* zijn immers speculatief en er kan geen vergoeding toegekend worden voor niet-geleden schade.⁴⁵⁶ De bepaling is enkel ter vergoeding van schadelijke gevolgen van een inbreuk.⁴⁵⁷ Art. 41 kan dus niet aangewend worden om verwerpelijk en afkeurenswaardig gedrag⁴⁵⁸ te bestraffen en af te schrikken⁴⁵⁹, evenmin om de staat te straffen wanneer schendingen toch kunnen plaatsvinden.⁴⁶⁰ Het opleggen van *punitive damages* zou eveneens een schending zijn van art. 46 EVRM, waarbij de staten een vrijheid toegekend krijgen omtrent de invulling die ze moeten geven aan de uitwerking van het arrest van het EHRM.⁴⁶¹

Toch is er een subtiele verandering waar te nemen in de rechtspraak van het Hof. *Punitive damages* werden voorheen resoluut afgewezen zonder veel motivering.⁴⁶² Recenter wordt echter getoetst of *punitive damages* ‘in deze zaak, in de specifieke omstandigheden van deze zaak’ konden worden toegekend.⁴⁶³ Van een radicale algemene afwijzing komt men dus tot een genuanceerde, concrete afwijzing. Een weg zou dus eventueel open liggen om in de toekomst ‘in deze zaak’ te oordelen dat *punitive damages* wel zouden kunnen worden toegekend.

133. De visie van het EHRM op *punitive damages* is echter ruimer dan enkel de al dan niet toekenning. Naast de algemene rechtspraak over voormelde waarborgen, moet er immers ook gewezen worden op de spanning tussen art. 8 EVRM, nl. bescherming van het privéleven, en art. 10 EVRM, nl. vrijheid van meningsuiting – een spanning die zich ook voordoet bij voormelde lucratieve fouten inzake persoonlijkheidsrechten (cf. *supra*, nrs. 35-38).⁴⁶⁴ In een recente zaak waar de pers de bescherming van het privéleven van een minderjarige had geschonden, signaleerde het Hof de spanning die kan ontstaan tussen

⁴⁵⁴ Het Hof legt zijn bevoegdheid breed uit en kan in alle gevallen een vergoeding toekennen: M. VAN EMMERIK, “Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: de rechtspraak onder het EVRM”, *Ars Aequi* 1997, afl. 10, (712) 713.

⁴⁵⁵ Zie algemeen: M. VAN EMMERIK, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 10, (712) 717-718.

⁴⁵⁶ EHRM 18 september 2009, Varnava and Others/Turkije, <http://www.echr.coe.int>, par. 223.

⁴⁵⁷ V. WILCOX, “Punitive Damages in the Armoury of Human Rights Arbiters” in *The Power*, (499) 500.

⁴⁵⁸ ‘Blameworthy conduct’.

⁴⁵⁹ EHRM 9 augustus 2003, Tepe/Turkije, <http://www.echr.coe.int>, par 216 en 219.

⁴⁶⁰ EHRM 18 september 2009, Varnava and Others/Turkije, <http://www.echr.coe.int>, par. 223.

⁴⁶¹ V. WILCOX, *l.c.* in *The Power*, (499) 501-502.

⁴⁶² EHRM 4 oktober 2010, Stefanou/Griekenland, par. 80-82; EHRM 17 maart 2010 Mikayil Mammadov, par. 149; EHRM 11 maart 2009, Efendiyeva/Azerbeijan, par. 23; EHRM 15 december 2004, Ikincisoy/Turkije, par. 147-150; EHRM 7 juli 2004, B.B/VK, par. 36; EHRM 9 augustus 2003, Tepe/Turkije, par 218; EHRM 24 juli 1998, Menteş and Others/Turkije, par. 21 en EHRM 24 april 1998, Selçuk and Asker/Turkije par 119, allen te raadplegen op <http://www.echr.coe.int>.

⁴⁶³ EHRM 11 april 2011, Greens and M.T./VK, par. 97; EHRM 18 september 2009, Varnava and Others/Turkije par. 214; EHRM 20 maart 2002, Ludescher/Oostenrijk par. 26-30; EHRM 18 februari 1999, Hood/VK, par. 88-89 en EHRM 18 februari 1999, Cable and Others/VK, par. 29-30, allen te raadplegen op <http://www.echr.coe.int>.

⁴⁶⁴ Basisarrest: EHRM 8 juli 1986, Lingens/Oostenrijk, *Serie A*, nr. 103, 25, par. 38 en later EHRM 23 mei 1991, Oberschlick/Oostenrijk, *Serie A*, nr. 204, 26, par. 59: eer, reputatie en privacy waarborgen tegen meningsuiting. Voor een voorbeeld: Trib. Gr. Inst. Parijs 15 december 2008, *RDTI* 2009, afl. 34, 73, noot Z. KARAMBIRI. Zie ook algemeen M. DEBAENE en P. DEBAENE, “Aansprakelijkheid voor eigen foutieve daad” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 26-29 (hierna verkort: *Bijzondere overeenkomsten*) en H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 122-138, i.h.b. 123-125.

beide bepalingen wanneer een zeer hoge vergoeding wordt opgelegd wegens een schending van het privéleven: dit zou een inbreuk kunnen uitmaken op de vrijheid van meningsuiting.⁴⁶⁵ Toch besloot het Hof dat de omvang van de vergoeding binnen de appreciatiemarge van de staat valt en er geen schending van art. 10 plaatsvindt, wanneer er nationaalrechtelijk voldoende bescherming is ingebouwd tegen disproportionele vergoedingen, waarbij dus een gebrek aan evenredigheid is tussen de inbreuk en de vergoeding.⁴⁶⁶ Er werd in de concrete zaak besloten dat er geen schending was, ondanks het hoge bedrag.⁴⁶⁷ Ook in België werden beide artikelen reeds in overweging genomen: een evenwicht moet worden gezocht tussen art. 1382 BW en artt. 8 en 10 EVRM en artt. 19, 22 en 25 Gw., zodat een persbijdrage waarheidsgetrouwheid moet nastreven, niet onnodig grievend mag zijn en het privé-leven van de burger moet ontzien.⁴⁶⁸ De EHRM-rechtspraak dient in het achterhoofd te worden gehouden bij de voorwaarden van inpasbaarheid naar Belgisch recht, zodat het recht op vrije meningsuiting niet impliciet ongerechtvaardigd beperkt wordt.⁴⁶⁹ Een ratio die door zijn maximum-coëfficiënt een bescherming uitmaakt komt aan dit proportionaliteitsbeginsel tegemoet (cf. *infra*, nr. 171), net als aan het legaliteitsbeginsel, gelet op de duidelijke en voorzienbare wetsbepaling. Doordat *punitive damages* ingevoerd zouden worden ter bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, is ook aan het legitimiteitsvereiste van dit art. 10 EVRM voldaan.

134. Anderzijds is er ook art. 3 EVRM, dat een verbod op onmenselijke en vernederende straffen voorschrijft.⁴⁷⁰ Dit houdt in dat de rechterlijke bevoegdheid niet zo ver mag reiken dat de opgelegde sanctie kennelijk onevenredig is.⁴⁷¹ *Punitive damages* zouden echter hoe dan ook beperkt opgelegd worden aan de hand van een ratio met vooropgestelde factoren en een bijzondere motiveringsplicht (cf. *infra*, Hoofdstuk 4, afdeling 2) om de buitensporigheid in te dekken, zodat zich geen probleem stelt.

§4. Ongerechtvaardigd voordeel voor het slachtoffer ('windfall')

135. Een traditioneel bezwaar tegen de invoering van *punitive damages* is dat de schadelijder een ongerechtvaardigd voordeel of verrijking zou krijgen. Het voordeel dat men verkrijgt is immers, zo stelt men, willekeurig, zowel wat betreft degene aan wie het ten goede komt als wat betreft de omvang ervan.⁴⁷² Dit past ook in de visie van het integraal en objectief herstel: enkel de schade en niets dan de schade moet vergoed worden, meer toekennen is ongeoorloofd. Doordat een *punitive damage* zou worden toegekend, verkrijgt de schadelijder immers meer dan de vergoeding voor zijn effectieve schade: een 'extra' extrapatrimoniale vergoeding komt hem toe.

⁴⁶⁵ EHRM 19 september 2012, Krone Verlag GMBH/Oostenrijk, <http://www.echr.coe.int>, par. 58 en verwijzingen aldaar.

⁴⁶⁶ EHRM 19 september 2012, Krone Verlag GMBH/Oostenrijk, <http://www.echr.coe.int>, par. 61.

⁴⁶⁷ EHRM 19 september 2012, Krone Verlag GMBH/Oostenrijk, <http://www.echr.coe.int>, par. 63. Zie in dezelfde zin: EHRM 22 oktober 2007, Linton, Otchakovsky-Laurens en July/Frankrijk, <http://www.echr.coe.int> en EHRM 13 juli 1995, Miloslavsky/Groot-Brittannië, *NJ* 1996, 544, besproken in A. VERHEIJ, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 80.

⁴⁶⁸ Cass. 13 september 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 46. Hierbij wordt rekening gehouden met de context van de publicatie, het type weekblad en de kenmerken of hoedanigheid van de persoon die gevisieerd werd: Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, afl. 8, 321 en Rb. Brussel 13 december 2011, *AM* 2012, afl. 6, 597. Zie ook M. DEBAENE en P. DEBAENE, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, 27-28 en D. VOORHOOF en P. VALCKE, *Handboek Mediarecht*, 187-235 (voorbeelden), i.h.b. 187-188 en 200 en verwijzingen aldaar.

⁴⁶⁹ Zie ook als kritiek tegen de invoering: E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1754-1755.

⁴⁷⁰ B. VANLERBERGHE, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (1) 12-14.

⁴⁷¹ O.a. Cass. 17 december 2009, *Pas.* 2009, afl. 12, 3058; Cass. 5 juni 2009, *Pas.* 2009, afl. 6-8, 1435; Cass. 5 september 2008, *Pas.* 2008, afl. 9, 1872; Cass. 13 maart 2008, *Pas.* 2008, afl. 3, 699; Cass. 27 oktober 2006, *Pas.* 2006, afl. 9-10, 2183; Cass. 28 februari 2002, *Pas.* 2002, afl. 3, 614 en Cass. 12 maart 1998, *Bull.* 1998, 322.

⁴⁷² A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding IV*, 9-10.

136. Deze extrapatrimoniale vergoeding wordt geacht moreel verwerpelijk te zijn.⁴⁷³ Zij zou immers tot gevolg kunnen hebben dat men schadeverwekkend gedrag uitlokt uit winstbejag. Anderzijds zou het de wetgever en de rechtbanken er toe kunnen aanzetten te lichte straffen op te leggen die geen ontradend effect meer hebben. Voornamelijk rechtsleer wijst er echter op dat deze bezwaren tegenstrijdig zijn en elkaar in evenwicht houden.⁴⁷⁴

137. Nochtans hoeft dit niet zo te zijn. In de Angelsaksische landen is er een tendens waar te nemen waarbij een deel van de *punitive damage* aan de overheid wordt toegekend⁴⁷⁵, wat ook bij de eventuele invoering naar Belgisch recht een mogelijkheid zou zijn.⁴⁷⁶ Hierdoor wordt het verschil met een strafrechtelijk opgelegde boete echter zeer klein en vervaagt de grens, waarop men zich beroept als bezwaar, wel heel sterk. Anderzijds kan de vergoeding ook toegekend worden aan bepaalde belangengroeperingen.⁴⁷⁷ Dit lijkt mij echter niet het geschikte kanaal: zij krijgen op die manier geld waarvoor zij geen inspanningen hebben geleverd en dat uit een proces waarbij hun belang ondergeschikt was aan dat van de schadelijder in het geding. Eventueel kan de som ook geheel of gedeeltelijk aan een fonds worden toegekend.⁴⁷⁸ Dit kanaal lijkt mij het meest geschikt, aangezien dergelijk fonds een vangnetfunctie op zich kan nemen (cf. *infra*, nr. 175).

138. Een gehele toekenning van de vergoeding aan een fonds is dan weer buitensporig. Hierdoor wordt de ‘drempelvrees’ van de schadelijder niet verlaagd⁴⁷⁹, waardoor een aanzienlijk voordeel van *punitive damages* ondergraven wordt. Dat nog een deel aan de schadelijder wordt toegekend, is overigens niet ongerechtvaardigd: dit kan worden aanvaard als zijnde ‘in het algemeen belang’.⁴⁸⁰ Dit is dan ter ondersteuning van de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht als gevolg van de verlaging van voormelde drempel voor de individuele klager, zodat het willekeurig karakter van de vergoeding wegvalt. Het is een beloning om op te treden als rechtshandhaver ter bescherming van private belangen, doch met een voordeel voor de gehele maatschappij.⁴⁸¹ Bovendien speelt dit ‘loterijgevoel’ ook in het algemene aansprakelijkheidsrecht.⁴⁸² Ook de willekeur qua omvang kan ingedijkt worden, door het gebruiken van een bepaalde ratio (cf. *infra*, nr. 171). Daarnaast is het ook niet mogelijk dergelijk gedrag uit te lokken en hiervoor beloofd te worden, gelet op de strenge toekenningsvereisten (cf. *infra*, nrs. 158-161). De preventieve functie wordt dus door de opsplitsing allerminst ondergraven.⁴⁸³ De schadeverwekker moet

⁴⁷³ J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 809.

⁴⁷⁴ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 855. Zie ook kritisch: B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 203.

⁴⁷⁵ E. GULDIX en A. WYLLEMAN, *l.c.*, *TPR* 1999, afl. 4, (1589) 1654-1655.

⁴⁷⁶ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1650. Ook één van de wetsvoorstellen naar Frans recht schreef dit in, nl. art. 1371 van het Catala-voorstel, cf. *infra*, nr. 206. Dit werd terecht met kritiek onthaald: C.B.P. MAHÉ, “Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code” in *The Power*, (261) 276.

⁴⁷⁷ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 855.

⁴⁷⁸ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1811; E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1755; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1649 en 1651 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 689. Dit werd ook voorgesteld door de Franse rechtspraak en rechtsleer: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 276. In Engeland is hier tegenstand tegen: V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 37, doch bepaalde Amerikaanse staten erkennen dit systeem: A.J. SEBOK, *l.c.* in *Punitive*, (155) 176-178.

⁴⁷⁹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 855-856.

⁴⁸⁰ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1811 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 295. KERKMEESTER voert nog andere argumenten aan, doch deze zijn onduidelijk en eerder uit theoretisch.

⁴⁸¹ V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 37.

⁴⁸² J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 613 met verwijzing naar P. ATIYAH; I. BOONE, “Coördinatie van aansprakelijkheid en andere vergoedingssystemen” in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (597) 601-605 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 21-22.

⁴⁸³ J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 607; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1650 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 855.

immers betalen, zij het dan aan een ander kanaal, en toch wordt een rechtmatige vordering ingesteld, meer dan nu het geval is.

§5. Private handhavers?

139. De invoering van *punitive damages* kan enkel zijn beoogde effecten teweeg brengen wanneer de burgers meewerken: zij worden immers ‘private handhavers van het recht’.⁴⁸⁴ Er wordt immers meer de klemtoon gelegd op private rechtshandhaving in plaats van op publieke rechtshandhaving. Het gedrag van dit soort handhavers is echter moeilijker te reglementeren en te controleren dan dat van vaklui.⁴⁸⁵ Er zijn immers geen deontologische regels waardoor er dus geen tuchtsancties kunnen worden opgelegd. Zij worden geleid door private belangen en een gebrek aan objectiviteit.⁴⁸⁶ De vorderingen zouden aldus de pan kunnen uitswingen: burgers zouden zich overal en nergens verantwoordelijk voor voelen en zich overal bemoeien.⁴⁸⁷ Nochtans valt dit bezwaar te temperen. Vooreerst is er het toelaatbaarheidsvereiste van het persoonlijk, rechtstreeks, actueel en rechtmatig belang om een vordering in te stellen (artt. 17-18 Ger.W.). Bij gebrek hieraan, is de vordering onontvankelijk.⁴⁸⁸ Daarnaast bestaat de mogelijkheid tot het instellen van een vordering wegens tergend en roekeloos geding op grond van art. 780bis Ger.W., waarbij een geldboete ten voordele van de staat kan worden opgelegd. Daarnaast kan een roekeloze vordering ook een fout uitmaken in de zin van art. 1382 BW, waardoor een tegenvordering gegrond kan worden verklaard en herstel *in natura* kan worden opgelegd, nl. de afwijzing van de initiële kennelijk ongegronde vordering van een bemoeizuchtige handhaver. Een eventuele schadevergoeding kan tevens worden toegekend. Daarenboven dienen de ‘private handhavers’ niet dezelfde rol te vervullen als het openbaar ministerie en starten zij de procedure met als uitgangspunt de bescherming van private belangen, veeleer dan de bescherming van de maatschappij. Dat de maatschappij gebaat is bij de vervolging op gebied van bestraffing, preventie en afschrikking is zeker een feit, maar dit is, op straffe van onontvankelijkheid, niet het uitgangspunt.

140. Een ander bezwaar in deze sfeer is dat de wraakgedachte zo terug in het recht zou kunnen binnensluipen, wat ons volgens sommigen terugbrengt naar het primitieve recht, wat verwerpelijk zou zijn.⁴⁸⁹ Andere rechtsgeleerden zijn dan weer van mening dat de private straf net een kanalisering kan zijn van de wraakgedachte, die deel uitmaakt van de menselijke natuur, waardoor meer anarchistische, duidelijk irrationele wraakuitingen, voorkomen kunnen worden.⁴⁹⁰ Door de bestraffende functie zal men immers minder snel geneigd zijn het recht in eigen handen te nemen.⁴⁹¹ Deze laatste visie lijkt het bij het juiste einde

⁴⁸⁴ “Private prosecutor/private attorney general”: E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 225. De Europese Commissie op zich wel voorstander van dergelijk systeem van private rechtshandhaving: nr. I-J Resolutie Europees Parlement 2011/2089, 2 februari 2012 over “Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalsmechanismen”, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//NL>.

⁴⁸⁵ O.A. HAAZEN, *l.c.*, *NJB* 2006, afl. 21, (1156) 1156-1157; J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 806-807; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 61-65 en 69-70 en T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 578, met verwijzing naar dé tegenstander, J. KORTMANN.

⁴⁸⁶ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 18.

⁴⁸⁷ T. HARTLIEF, “Gij zult handhaven!”, *NJB* 2007, afl. 15, (915) 915 EN T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht” *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 777. Visie wel geëvolueerd.

⁴⁸⁸ P. VANLERSBERGHE, “Commentaar bij art. 17 Ger.W.” in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, 6-20; P. VANLERSBERGHE, “Commentaar bij art. 18 Ger.W.” in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, 3-42 en J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtigd Recht*, 81-85. Uitzondering: collectief actierecht inzake consumenten en milieu, zoals vermeld in voetnoot 236.

⁴⁸⁹ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1651 met verwijzing naar SIMOENS en J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 806.

⁴⁹⁰ Beide visies besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 856-857.

⁴⁹¹ A. VERHEIJ, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 72.

te hebben. Toch is wraak op zich geen doelstelling meer (cf. *supra*, nr. 11). De wraakgedachte zal immers getemperd worden, gelet op de toepassingsvoorwaarden die gekoppeld zijn aan een mogelijke invoering van *punitive damages* (cf. *infra*, Hoofdstuk 4, afdeling 2).

141. Een argument in het licht van bekommernis in plaats van verwijt is of deze zware last wel op particulieren mag worden gelegd. Mag er van hen wel verwacht worden dat zij ingezet worden voor het handhaven van recht? Is de verantwoordelijkheid niet te zwaar?⁴⁹² Zijn de kosten van het aansprakelijkheidsrecht niet te hoog?⁴⁹³ Uit wat voorafgaat blijkt echter dat net deze particulieren, wiens rechten geschonden zijn, nood hebben aan een strenger handhavingsmechanisme waarin zij een rol kunnen spelen, aangezien de overheid in gebreke blijft. Dit is een kans om hun rechten geëerbiedigd te zien, zij het dan met een verhoogde kost. Deze kost wordt gecompenseerd door het verkrijgen van een vergoeding i.p.v. een seponering. Bovendien blijft het strafrecht ook bestaan, zodat de last niet enkel bij de particulieren berust. Dit bezwaar lijkt dus niet voldoende om de invoering van *punitive damages* af te wijzen.

142. Tot slot kan ook de problematiek worden gesignaleerd waarbij de burgerlijke rechter als beroepsrechter wordt ingeschakeld ten opzichte van de strafrechter. Wanneer de strafrechtelijke veroordeling niet streng genoeg zou worden bevonden, kan de prikkel ontstaan een burgerlijke procedure op gang te trekken om een extra veroordeling te verkrijgen. Dit is echter niet de bedoeling, aangezien ‘beroep’ via de geëigende rechtsmiddelen moet gebeuren.⁴⁹⁴ Dit bezwaar kan echter getemperd worden op tweevoudige wijze. Vooreerst zal de schadelijder zich in het merendeel van de gevallen reeds burgerlijke partij hebben gesteld en zal de strafrechtbank zelf geoordeeld hebben over de al dan niet toekenning en de begroting van *punitive damages*. Anderzijds is er geen ‘*non bis in idem*’-probleem: de verschillende *internrechtelijke*⁴⁹⁵ aard belet niet dat er een burgerlijke procedure ter verkrijging van *punitive damages* wordt aangespannen, na het verkrijgen van een strafrechtelijke veroordeling, gelet op de rechtspraak van het Hof van Cassatie (cf. *supra*, nr. 120).

§6. ‘Amerikaanse toestanden’?

143. Wat tevens vaak beweerd wordt, is dat de invoering van *punitive damages* zou leiden tot ‘Amerikaanse toestanden’ en een daadwerkelijke ‘claimcultuur’⁴⁹⁶, waarbij enorme sommen worden nagestreefd door burgers en advocatuur. Mensen zouden voor de kleinste gebeurtenis een proces aanspannen, op het absurde af, en deze vordering ook winnen, met een instorting van de sociale cohesie als gevolg. Deze vrees is echter ongegrond. De invoering van *punitive damages* brengt dergelijke ommekeer in mentaliteit niet teweeg. Deze mentaliteit heeft immers niet louter te maken met het bestaan van *punitive damages*, doch wel

⁴⁹² B. WEYTS, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (173) 203.

⁴⁹³ J. KORTMANN, *l.c.*, *ERPL* 2009, afl. 5, (789) 807-808.

⁴⁹⁴ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 860.

⁴⁹⁵ Dit verschilt van de invulling van art. 6 EVRM, cf. *supra*, nr. 123.

⁴⁹⁶ A.J. BOLT en J. SPIER, m.m.v. O.A. HAAZEN, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 47-48; O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1811-1812; M. FAURE en T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2010 en 2013-2014; E.M. VAN DER HEIDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1754-1755; J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606; T. HARTLIEF, “Leven in een claimcultuur” *l.c.*, *NJB* 2005, afl. 16, (830) 830-831; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1650-1651; T. HEYMAN, “Amerikaanse claimcultuur dreigt in Europa”, *Juristenkrant* 2010, afl. 217, (15) 15 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 41-42.

met de in Amerika bestaande juryrechtspraak die eerder geneigd is naar excessiviteit⁴⁹⁷, verkozen rechters, *class actions*, het systeem waarbij advocaten actief op zoek gaan naar rechtszaken doordat hun honorarium een percentage van de verkregen schadevergoeding vertegenwoordigt als ‘*contingency fee*’⁴⁹⁸ en het ‘*no cure no pay*’-regime, wat schadelijders kan aanzetten toch een gokje te wagen.⁴⁹⁹ Zelfs deze resultaatsafhankelijke beloning moet nochtans niet leiden tot een claimcultuur.⁵⁰⁰

144. Gelet op de lange rechtstraditie, is een invoering van *punitive damages* bovendien slechts gewenst in een beperkt aantal gevallen en verbonden aan meerdere voorwaarden (cf. *infra*, nrs. 158-161). Een vordering tot *punitive damages* in deze absurde gevallen is dus eenvoudigweg ongegrond.

145. Wel is het zo dat *punitive damages* leiden tot een drempelverlaging. Dit is echter niet nefast, doch ter versterking van de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht. Bovendien creëert dit een ‘rechtvaardiger recht’. Schadelijders die ook in het huidige recht een recht op schadevergoeding hebben, zullen deze daadwerkelijk vordering dan daadwerkelijk instellen en een vergoeding verkrijgen, terwijl de ‘drempelvrees’ (cf. *supra*, nrs. 43-46) in het huidige recht te groot is.⁵⁰¹

146. Anderen zeggen dan weer dat *punitive damages* niet noodzakelijk zijn, doordat het Amerikaanse rechtssysteem ook op een ander gebied verschilt van het Belgische. In België is er immers, in tegenstelling tot in Amerika, een stevig uitgebouwd sociaal-zekerheidssysteem, wat een vangnet biedt in geval van ongevallen.⁵⁰² Dit verschil heeft ook een aandeel in de claimcultuur. Er mag echter niet uit het oog worden verloren dat de sociale zekerheid crisisgevoelig is⁵⁰³ en bovendien geen integrale schadevergoeding aanbiedt.⁵⁰⁴ Ook zal deze vergoedingsvorm niet in alle gevallen waarin *punitive damages* mogelijk zijn, spelen. Daarnaast zou de overheid in het Amerikaanse recht berekend zijn op private rechtshandhaving en zelf een passieve rol aannemen.⁵⁰⁵ Gelet op het falen van de publiekrechtelijke rechtshandhaving, kan ook dit argument niet staande blijven. Een stevige veiligheidsregulering, die het Amerikaanse recht ontbeert, is evenmin een argument⁵⁰⁶: lucratieve fouten blijven zelfs in dit kader mogelijk.

147. Uit het bovenstaande kan dus worden besloten dat er geen vrees hoeft te zijn voor de ‘Amerikaanse toestanden’.⁵⁰⁷ Dit bezwaar kan dus niet worden aanvaard.

⁴⁹⁷ M. FAURE en T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2014; J.M. BARENDRECHT, *l.c.* *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606 en E. HONDIUS, “Punitive damages: acceptabel, zij het met mate”, *NJB* 2003, afl. 38, (2019) 2019-2020.

⁴⁹⁸ M. FAURE en T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2013; J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606 en T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 33-34.

⁴⁹⁹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 855 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 27-29.

⁵⁰⁰ M. FAURE en T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2014 en J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606.

⁵⁰¹ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 3-4 en 18.

⁵⁰² M. FAURE en T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2014; J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606 en 612 en T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 15-16. Zie ook E. TORRICO, *l.c.*, <http://arno.uvt.nl>, 32.

⁵⁰³ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 16; I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, 203-220 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 25-27.

⁵⁰⁴ Zie o.a. T. HARTLIEF, “Van aalmoes naar aanspraak. Weg met het personenschaderecht?” in *Tien pennenstreken*, (1) 2-4 en I. BOONE, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (597) 608-610 en 613-615.

⁵⁰⁵ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 20-22.

⁵⁰⁶ J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 607-608.

⁵⁰⁷ Zie ook in die zin: M. FAURE en T. HARTLIEF, *l.c.*, *NJB* 1999, afl. 43, (2007) 2013-2014; J.M. BARENDRECHT, *l.c.*, *NJB* 2002, afl. 12, (605) 605-606 en L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 472.

§7. Besluit

148. Uit wat voorafgaat blijkt dat er heel wat bezwaren zijn tegen de invoering van *punitive damages* naar Belgisch recht. Een grondige juridische analyse met een open blik leert echter dat deze bezwaren geen van allen doorslaggevend zijn. Het lijkt dus vooral een vrees als gevolg van ‘systeemvreemdheid’⁵⁰⁸ te zijn, die de afkeer tegen *punitive damages* voedt en tot behoudsgezindheid noopt. Nochtans is angst een slechte raadgever.⁵⁰⁹

Afdeling 2. Voorwaarden van inpasbaarheid

149. Het is duidelijk dat de weerstand tegen *punitive damages* niet op één dag zal verdwijnen. Enerzijds zijn alternatieve oplossingen voor de bestaande problematieken echter ontoereikend. Het strafrecht verstevigen schijnt een utopie te zijn. Winstafdracht houdt enkel rekening met de gemaakte winst en laat andere elementen buiten beschouwing en zorgt bovendien voor onvoldoende vermogensrechtelijke prikkel tot rechtmatig handelen. Het op verdoken wijze bestraffen van de schadeverwekker via een hoge morele schadevergoeding zorgt voor willekeur⁵¹⁰ en onzekerheid. De regel van het objectief herstel afschaffen is te verre gaand: enkel in bepaalde gevallen kan men rekening houden met de zwaarte van de fout om buitensporigheid en bestraffing in te dijken. *Class actions* kunnen slechts in beperkte gevallen tegemoet komen aan de gestelde problematieken. De vordering op grond van verrijking zonder oorzaak is ontoelaatbaar op grond van subsidiariteit en een niet-monetaire sanctie is niet streng genoeg. Anderzijds komt het aansprakelijkheidsrecht onvoldoende tegemoet aan de haar toegedichte doelstellingen.⁵¹¹ Bovendien is een uitbreiding van de doelstellingen wenselijk. De handhavende werking die uitgaat van *punitive damages* is dus niet enkel ter ondersteuning van het strafrecht, maar ook van het aansprakelijkheidsrecht.

150. De tegenstand is echter nog steeds een vaststaand gegeven. Een onderbouwde invoering is dan ook noodzakelijk. Om hieraan te voldoen, moeten er toepassingsvoorwaarden nauwkeurig overdacht en uitgewerkt worden, met al het voorgaande in acht genomen.

§1. Wijze van inpassen

151. De eerste vraag die rijst, is hoe *punitive damages* ingepast kunnen worden in het recht. Dat een wettelijke inschrijving vereist is, lijkt geen twijfel. Moet er dan echter een wettelijke bepaling inzake het aansprakelijkheidsrecht aangepast worden, of moet er een nieuwe titel ingevoerd worden in het burgerlijk wetboek, of volstaat een geheel nieuwe wettelijke bepaling, ingevoegd in het aansprakelijkheidsrecht?

152. De wettelijke bepalingen van het aansprakelijkheidsrecht (art. 1382-1386bis BW) aanpassen lijkt nefast: deze zijn kort en bondig en alom gekend. Een nieuwe titel invoeren in het burgerlijk wetboek is evenmin de meest voordelige oplossing, aangezien de band met de foutaansprakelijkheid op die manier minder nadrukkelijk tot uiting komt.

⁵⁰⁸ Begrip ontleend aan: T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 577; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 67 en L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 48-49.

⁵⁰⁹ L. MEURKENS, “Epilogue” in *The Power*, (523) 523-524.

⁵¹⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *l.c.* in *Verantwoordelijkheid en recht*, (108) 115.

⁵¹¹ Dit recht verscherpen door het aanscherpen van de zorgvuldigheidsnorm of door bewijsverlichting is geen goede optie: T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 577.

153. Het verdient dan ook aanbeveling een nieuwe wettelijke bepaling in te voeren, die ingepast wordt in het geheel van de bestaande aansprakelijkheidsartikelen. Enerzijds wordt de band met deze bepalingen zo benadrukt en het globale beeld blijft bestaan. Anderzijds wordt de eigenheid van de nieuwe bepaling erkend. Doordat een foutief handelen of nalaten vereist wordt⁵¹², is het logisch deze bepaling na de artikelen 1382-1383 BW in te voeren. Artikel 1383*bis* BW kan dan ook verwelkomd worden in het recht.

§2. Toepassingsgevallen

i) Theoretische overwegingen

154. Een eerste vereiste is het inschrijven van de gevallen waarin *punitive damages* gevorderd kunnen worden.

155. Enerzijds is in het licht van het legaliteitsbeginsel (cf. *supra*, nrs. 114-118) een strikte omschrijving wenselijk maar niet noodzakelijk. Uit het voorgaande blijkt immers dat aan het legaliteitsbeginsel kan worden tegemoet gekomen door het invoeren van een wettelijke bepaling die de basisbeginselen van de toepasbaarheid inschrijft maar ruimte laat voor rechterlijk oordelen, doch met een maximumgrens.

156. Anderzijds moet een evenwicht gevonden worden met artt. 10-11 Gw. (cf. *supra*, nrs. 128-130), waarbij het opleggen van een specifieke⁵¹³ regeling voor een schending van deze artikelen kan zorgen. Het begrip ‘abnormaal profijt’ werd als voldoende algemeen beschouwd⁵¹⁴, maar dit zou waarschijnlijk in strijd geacht worden met het legaliteitsbeginsel. Het verdient dus aanbeveling daadwerkelijk te wikken en te wegen en een definitie op te stellen van de toepassingsgevallen die ruim genoeg is om als algemene regel te worden beschouwd, maar toch duidelijk en voorspelbaar genoeg is.

157. De gevallen waarin *punitive damages* kunnen worden toegekend, moeten beperkt blijven. Het zal dan gaan om de gevallen waar de vermogensrechtelijke prikkel die tot zorgvuldig handelen noopt, ontbreekt. Een vordering tot *punitive damages* kan gepaard gaan met een vordering tot vergoeding van zowel economische, materiële, morele als lichamelijke schade.⁵¹⁵ *Punitive damages* kunnen daarenboven worden opgelegd aan zowel natuurlijke personen als rechtspersonen.⁵¹⁶ De omschrijving ervan is tevens van belang zodat het aansprakelijkheidsrecht educatief kan zijn: de druk vooraf gaat uit van de handhaving achteraf, doordat een debat over de norm beperkt blijft.⁵¹⁷ De norm moet dus voldoende duidelijk omschreven zijn zodat de nodige druk mogelijk is. Zowel uit het Engelse als het Amerikaanse recht wordt het beste gepuurd om tot de bepaling en de omschrijving van de categorieën te komen (cf. *supra*, Hoofdstuk 3).

⁵¹² Voor *punitive damages*, niet voor de vordering die ten grondslag ligt aan de compensatoire schadevergoeding. Hiervoor kan men zich ook op een foutloze aansprakelijkheid beroepen als deze rechtsgrond meer voordelen biedt.

⁵¹³ In plaats van een algemene regeling.

⁵¹⁴ Arbitragehof 92/2005 11 mei 2005, *BS* 24 juni 2005 (ed. 2), nader besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 844.

⁵¹⁵ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 941-942.

⁵¹⁶ In tegenstelling tot bepaalde rechtsleer, die dit enkel wil opleggen aan rechtspersonen: E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1755. In de praktijk zal dit wel *quasi*-uitsluitend aan rechtspersonen worden opgelegd, doch een bij voorbaat uitsluiting van natuurlijke personen is onwenselijk.

⁵¹⁷ T. HARTLIEF, *l.c.*, *WPNR* 2008, afl. 6772, (769) 774 en T. HARTLIEF, *l.c.*, *TPR* 2009, afl. 2, (565) 573.

ii) *Lucratieve fout*

158. Het Belgisch recht blijkt voornamelijk ontoereikend om op te treden tegen lucratieve fouten – deze categorie springt dan ook als eerste in het oog. Het gaat dan om de intentionele schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm of een specifieke norm die een gebod of verbod oplegt, waarmee de schadeverwekker winst of ander financieel voordeel voor zichzelf beoogt. Deze schadeverwekker is dan ook bereid schade te berokkenen aan een derde vanwege het persoonlijk voordeel dat hij op die manier realiseert.⁵¹⁸ De definitie zoals deze in Engeland geldt, biedt een goede basis om mee aan de slag te gaan (cf. *supra*, nr. 88). Deze fout zou in de wettelijke bepaling kunnen omschreven worden als ‘*berekend, intentioneel*⁵¹⁹, *foutief gedrag, gericht op profijt of winst die de potentiële vergoeding aan de benadeelde zou overstijgen of evenaren*’.⁵²⁰ Op die manier is er een nadere omschrijving met een rechterlijke toetsing, conform het legaliteitsbeginsel, neergelegd in een algemene regel, conform artt. 10-11 Gw. De regel is daarenboven ruim genoeg om niet enkel schendingen van persoonlijkheidsrechten te dekken, maar ook de lucratieve fouten in het commerciële domein te omvatten. Doordat het begrip ‘evenaren’ opgenomen wordt in de omschrijving, wordt ook de vermogensrechtelijke prikkel toegevoegd waarbij de schadeverwekker berekent dat, *als* er al een proces zou worden aangespannen en hij veroordeeld zou worden tot het betalen van een vergoeding, hij toch geen materieel nadeel lijdt, doch enkel zijn winst kwijt is en dus *status quo* komt te staan. Hierbij wordt dus berekend dat de vermogensrechtelijke positie niet slechter zou zijn dan in het geval de schadeverwekker voor het rechtmatig alternatief zou hebben gekozen. Het is wenselijk ook deze vorm van berekend gedrag op te nemen.

159. Op deze manier omschreven is de bewijslast voor de schadelijder (te) groot. Het berekend en intentioneel karakter van de gedragingen bewijzen, zal immers niet eenvoudig zijn. Om van *punitive damages* geen slag in het water te maken, is een omkering van de bewijslast dan ook wenselijk. Dit kan door impliciet een tweede categorie te betrekken in de omschrijving, die enigszins ontleend wordt aan het Amerikaanse recht (cf. *supra*, nr. 95). Uiterst roekeloos handelen of nalaten⁵²¹ of de kennelijke overtreding van een specifieke rechtsnorm die een gebod of een verbod bevat, zoals art. 95 WMPC, productaansprakelijkheidswetgeving of kartelwetgeving, met bewuste miskennis van andermans rechten, zou een vermoeden van lucratieve fout tot stand kunnen brengen, wanneer aannemelijk wordt gemaakt dat

⁵¹⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 2009, 269.

⁵¹⁹ Dit komt tegemoet aan de bezorgdheid omtrent de zogenaamde ‘vicarious liability’, waarbij een werkgever aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de fout van zijn werknemer, net als enig ander persoon die zich liet vervangen of werk uitbesteedt. Doordat dit intentioneel element vereist wordt, wordt deze schadeverwekker zelf aangesproken worden en niet diegene die objectief aansprakelijk is voor dit handelen: E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 422. Ook in België kan de immuniteit van werknemers, vrijwilligers, ambtenaren doorbroken worden op grond van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet, art. 2 Wet 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen en art. 6 Vrijwilligerswet: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 266. Dit kan wel verschillen van de situatie waar een rechtspersoon controle had over de werknemer of ondergeschikte en deze toestemming heeft gegeven om de onrechtmatige daad te stellen, wetend wat de gevolgen zijn, zodat deze meedeelt in de intentionaliteit als afzonderlijke entiteit: A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 949-954 en A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.* in *Encyclopedia of Law and Economics*, (764) 772-774. Dat aandeelhouders uiteindelijk de gevolgen dragen, is het gevolg van de winst die zij ook boeken. Bovendien kunnen dan de passende straffende maatregelen worden getroffen jegens het bestuur, dat intentioneel heeft gehandeld, zodat het straffende en ontradend effect in de toekomst toch geldt.

⁵²⁰ Dit past ook in de omschrijving die door de Franse rechtsleer gegeven wordt. Zie hierover: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 264.

⁵²¹ Het gaat om ‘wetens en willens, moedwillig’ nalaten, wat dus verschilt van een ‘gewone’ onachtzaamheid. Het is een vorm van nalaten waarbij men beseft dat schadelijke gevolgen zullen of redelijkerwijze kunnen plaatsvinden, maar nalaat de nodige maatregelen te treffen om de schadelijke gevolgen te voorkomen omdat dit in eigen voordeel uitdraait. Een reeds aangehaald voorbeeld maakt dit duidelijk (cf. *supra*, nr. 41). Ik herhaal dit voor de duidelijkheid: een wereldwijde cosmeticaproductent heeft weet van mogelijks schadelijke gevolgen van zijn schoonheidsproduct, maar weet dat slechts bepaalde huidtypes hieraan onderhevig zijn. Wereldwijd de producten terugroepen zou tot catastrofale financiële gevolgen leiden. Daarom besluit de producent *bewust, wetens en willens* de recall na te laten en de individuele schadeclaims, waarvan de omvang kleiner is dan de financiële gevolgen van de wereldwijde recall, op zich te nemen. Hier is dus sprake van een nalaten met bewuste miskennis van andermans rechten, nl. op fysieke integriteit, doch met materieel voordeel.

een groot materieel voordeel voor de schadeverwekker tot stand is gekomen als gevolg van de schending. Dit vindt steun in de Engelse visie, waar de berekendheid niet strikt mathematisch wordt ingevuld (cf. *supra*, nr. 88). Dit vermoeden zou dan gelden als een bewijs van intentie en van de lucratieve fout in zijn geheel. Bovendien komt het vermoeden tegemoet aan zowel de lucratieve fout die de potentiële schadevergoeding zou overstijgen als die die de vergoeding zou evenaren: ook dan is er immers een groot materieel voordeel. Doordat een hogere graad van verwijtbaarheid, zoals deze roekeloosheid en verder ook opzet, vereist wordt, is het denkbaar dat de dreiging van civielrechtelijke aansprakelijkheid daadwerkelijk bijdraagt om dergelijk maatschappelijk onwenselijk gedrag te ontmoedigen. De effectiviteit en efficiëntie van private handhaving kunnen erkend worden.⁵²²

160. Het vermoeden van onschuld (cf. *supra*, nr. 124) wordt via dit vermoeden niet geschonden, aangezien er, bovenop een aansprakelijkheidsgrond op basis van het gemene recht waarbij men een compensatoire vergoeding bekommt⁵²³, uiterste roekeloosheid of de kennelijke schending van een specifieke rechtsnorm moet worden bewezen met bewuste miskennis van andermans rechten. Cumulatief moet ook een materieel voordeel, in causaal verband met de schending van andermans rechten, aannemelijk worden gemaakt. Grenzen zijn dus wettelijk vastgesteld. Het weerlegbaar karakter vormt bovendien een verzachting: als er aangetoond kan worden dat er geen winst was⁵²⁴ of deze niet het gevolg was van de schending van de rechten van de schadelijde eiser, valt de handeling niet onder deze categorie. De eiser zal moeten terugvallen op de bedrieglijke fout (cf. *infra*, nr. 161), waarbij geen vermoedens ter verlichting van de bewijslast zijn. De miskennis van een rechtsnorm die een gebod of een verbod bevat, maakt een fout uit, zodat nog steeds een fout aan de basis ligt van de toekenning van deze *punitive damages*.⁵²⁵ Door ‘kennelijk’ toe te voegen, wat wijst op een marginale toetsing, wordt voorkomen dat het intentioneel karakter van dergelijke handeling wordt ondergraven. ‘Bewust’ moet daarentegen normatief geïnterpreteerd worden, in die zin dat ook het ‘redelijkerwijze moeten weten en beseffen dat men andermans rechten schendt’ onder deze term valt. Dat een materieel voordeel aannemelijk moet gemaakt worden, lijkt een contradictie te zijn van de eerdere term ‘evenaren’. Dit is echter te verklaren doordat door de benadeelde een initieel voordeel van de schadeverwekker moet worden aangetoond, los van de eventuele vordering die wordt ingesteld, en er van deze benadeelde geen numerieke oefening kan worden verwacht tussen winst en schadeclaim. De rem die wordt ingebouwd, vindt men terug in het feit dat dit materieel voordeel in causaal verband moet staan met de

⁵²² J. KORTMANN en C. SIEBURGH, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (249) 280.

⁵²³ Een fout moet dus bewezen worden om tot de toekenning van *punitive damages* te komen. De aansprakelijkheid op basis van *by*. Wet Productenaansprakelijkheid is foutloos (zie: B. WEYTS, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (371) 411-414 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 498-535), doch om hierbij *punitive damages* te bekomen, zal men een afzonderlijke fout die daarenboven van roekeloosheid getuigt moeten aantonen. Een fout is dus een premisse, doch de basis voor de compensatoire vergoeding hoeft geen fout te zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer men moeite heeft de schade aan te tonen en liever op veilig speelt, aangezien de *punitive damages* dan een ‘extra’ uitmaken. Een fout is dus wel een premisse voor *punitive damages* zelf, dus de foutloze aansprakelijkheid is eigenlijk zinloos. Zie hierover: X. “Aggravated and Punitive Damages”, 2006, www.nelligan.ca, 1. Over het geheel van deze problematiek: N.E. RODDY, “Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation”, *Wm. & Mary L. Rev.* 1981, (333) 356-361.

⁵²⁴ Dit kan aan de hand van bankafschriften, waarvan een overlegging wel geweigerd kan worden met het oog op ‘*nemo tenetur*’. Aangezien dit echter ter bevrijding en niet ter vaststelling van ‘schuld’ is, zal een beroep hierop loos alarm zijn: P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN, F.M.J. DEN HOUDIJKER en E.-J. ZIPPRO, *l.c.*, *NTBR* 2008, afl. 7, (274) 284.

⁵²⁵ M. DEBAENE en P. DEBAENE, *l.c.* in *Bijzondere overeenkomsten*, 17-21 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 137-139 en verwijzingen aldaar.

schending van de rechten van de benadeelde.⁵²⁶ De gerechtelijke zekerheid omtrent het causaal verband (cf. *supra*, nr. 23) komt echter tegemoet aan de alweer strenge bewijslast.

iii) *Bedrieglijke fout*

161. Een andere categorie is deze van de bedrieglijke fout, waarbij opzet zowel in het handelen als in de gevolgen schuilt.⁵²⁷ Het gaat niet om de concrete gevolgen, maar over schadelijke gevolgen in het algemeen. Door deze benoeming te geven aan de categorie, wordt elke betwisting omtrent de invulling van de ‘opzettelijke’ fout bij voorbaat uitgesloten.⁵²⁸

Deze categorie verschilt bovendien slechts op subtiële wijze van een lucratieve fout, aangezien er niet noodzakelijk een financieel voordeel aan verbonden moet zijn. Dit kan dus als een vangnet dienen ten opzichte van de lucratieve fout, doch een verzwaarde bewijslast wordt hieraan gekoppeld. Er is immers geen vermoeden, dus de intentie moet dubbelzijdig worden aangetoond door de eiser. Ook tegen deze problematiek kan vandaag de dag onvoldoende worden opgetreden, gelet op de regel van het objectief herstel. Rechters houden echter eigenlijk wel rekening met de zwaarte van de fout of het opzettelijk karakter bij de toekenning van morele schadevergoeding, bedekt onder de mantel der feitelijke en soevereine beoordeling.⁵²⁹ Om deze praktijk te codificeren en te reglementeren, is het wenselijk deze categorie expliciet op te nemen in de wetsbepaling. Daardoor zal ook in deze gevallen een beperking in omvang kunnen gelden: de praktijk wordt aan banden gelegd. Doordat één van de factoren waarmee rekening wordt gehouden in het licht van de begroting de verworven winst is (cf. *infra*, nr. 172), kan dit de omvang van *punitive damages* in dit geval inperken. Over de invoering van de lucratieve fout is immers meer consensus, zodat deze bedrieglijke fout met meer voorzichtigheid moet worden voorgelegd in het debat omtrent de invoering van *punitive damages*.

Het legaliteitsbeginsel wordt door deze algemene doch duidelijke norm overigens niet geschonden. Deze categorie is vooral van belang om te remediëren aan het falen van het strafrecht, zoals een klacht wegens opzettelijke slagen en verwondingen die, wegens onvoldoende prioriteit, geseponneerd wordt.

162. Een ‘loutere’ grote roekeloosheid of kennelijke miskennis van een specifieke rechtsnorm bestraffen met *punitive damages*, zodat rekening kan worden gehouden met de zwaarte van de fout zonder financieel gewin of intentie, is in het huidige rechtsklimaat niet wenselijk. De tegenkanting is te groot om dergelijke verregaande categorie onder het toepassingsgebied te brengen. Op termijn kan dit eventueel, wanneer de geesten gerijpt en gelijkgestemd zijn, na zorgvuldige redactie ingevoerd worden.

⁵²⁶ Voorbeelden uit probleemstelling: sportlui zouden moeten aantonen dat, net omwille van het gebruik van hun foto in de reclamecampagne, het product beter verkoopt; B.V.'s zouden moeten aantonen dat hun foto op de voorpagina van het dagblad de verkoop heeft gestimuleerd; ...

⁵²⁷ G. JOCQUÉ, “Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid” in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (1) 81 en 92-94; B. WEYTS, “De ene opzettelijke fout is de andere niet. Over opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht” in X., *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, (363) 372 (hierna verkort: *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 269-272 en B. WEYTS, “Opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht: the story continues” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (265) 274-277 (hierna verkort: *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*).

⁵²⁸ *Ibidem*.

⁵²⁹ Cf. *supra*, nr. 108. Zie ook: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 10, 264 en 271.

iv) *Besluit*

163. Hoewel er dus begrippen zijn die voor interpretatie vatbaar zijn, is de definitie toch voldoende omschreven om willekeur van de rechterlijke macht bij voorbaat in te dijken. De nodige ruimte om een oordeel te vellen, aangepast aan de concrete omstandigheden van de zaak, is echter wel gegeven. In het Belgische klimaat moet er echter niet gevreesd worden voor buitensporige toepassingen hiervan, doordat de rechtstraditie noopt tot terughoudendheid.

164. Tot slot moet worden opgemerkt dat de toekenning van *punitive damages* wel facultatief zal zijn. De huidige weerstand tegen *punitive damages* belemmert de haalbaarheid van een verplichte toekenning. Bovendien is dit niet wenselijk: de concrete feiten van de zaak zullen steeds moeten onderzocht worden. Ook kan op die manier de ‘*if, but only if*’-test uit Engeland (cf. *supra*, nr. 89) worden ingevoerd op subtiële wijze: enkel wanneer de rechter dit nodig acht om aan de aansprakelijkheidsfuncties te voldoen, kan dit worden ingevoerd.

§3. Omvang punitive damages

165. Naast de categorieën waarin *punitive damages* kunnen worden toegepast, is ook de hoegroetheid van belang. Het legaliteitsbeginsel vereist immers dat een maximumgrens wordt gesteld aan straffen, zelfs wanneer deze van private aard zijn (cf. *supra*, nr. 116). Ook het EHRM eist op nationaalrechtelijk vlak een bescherming tegen disproportionele vergoedingen ter bescherming van de vrije meningsuiting (cf. *supra*, nr. 133). Art. 3 EVRM verbiedt dan weer kennelijk onevenredige straffen (cf. *supra*, nr. 134). Excessiviteit wordt daarenboven zelfs in de Angelsaksische landen geschuwd.⁵³⁰

i) *Kort rechtseconomisch bekeken*

166. De hoegroetheid van *punitive damages* is daarnaast ook van belang als men de doelstellingen van *punitive damages* wil bereiken. Dit wordt benaderd vanuit rechtseconomisch oogpunt. Niet alleen preventie en (hiermee in verband te brengen) drempelverlaging spelen een rol, maar ook afschrikking en bestraffing moeten in de berekening worden betrokken.⁵³¹ Globaal moet de omvang dus zowel preventie als bestraffing en ontrading tot stand brengen, waardoor de rechtshandhaving versterkt wordt en afkeuring en opvoeding vervolgens hun rol kunnen spelen.

167. Vanuit dit rechtseconomisch perspectief wordt, in het kader van afschrikking, verdedigd dat de *punitive damage* moet overeenstemmen met het bedrag van de schade, vermenigvuldigd met het omgekeerde van de waarschijnlijkheid dat de schadeverwekker aansprakelijk wordt gesteld voor de onrechtmatige daad. Eenvoudiger gezegd: een lage pakkans zorgt dus voor een hogere *punitive damage*.⁵³² Een bedrag, hoger dan deze formule, zorgt voor onverantwoorde voorzorgsmaatregelen en het beperken van zijn handelen tot minder risicodragende activiteiten, terwijl een lagere betalingsverplichting er toe leidt dat belangrijke

⁵³⁰ Dit wordt ook als problematisch ervaren bij de erkenning van *punitive damages*, cf. *infra*, nrs. 204 en 212. In één van de wetsvoorstellen van Frankrijk (nr. 206) is de grens gelegd op maximum 2x het bedrag van de compensatoire vergoeding.

⁵³¹ Algemeen vanuit rechtseconomische visie: L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 222-236. Grondleggers: A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.* in *Encyclopedia of Law and Economics*, (764) 765-778.

⁵³² Dit wordt ontleend aan *Exxon Valdez*: L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 232-233.

voorzorgsmaatregelen niet worden genomen en risico's onderschat worden, omdat de kost hiervan hoger is dan een potentiële veroordeling.⁵³³

168. Vanuit het strafaspect wordt gesteld dat de schuldige schadeverwekker een gepast verlies moet lijden dat overeenstemt met de laakbaarheid en de afkeurenswaardigheid⁵³⁴ van zijn gedrag. De weelde van de schadeverwekker dient hierbij in acht te worden genomen, gelet op het 'geschikt' karakter.⁵³⁵

169. Beide aspecten rechtseconomisch verzoenen lijkt geen eenvoudige klus te zijn, o.a. voor wat betreft de weelde van de schadeverwekker.⁵³⁶ Voor afschrikking wordt dit niet in acht genomen, voor bestraffing wel. Een internalisering van externe effecten van het schadeverwekkend feit kan het evenwicht tussen afschrikking en bestraffing tot stand brengen, waarbij meer gewicht moet worden toegekend aan de 'pakkans' dan aan de rijkdom.⁵³⁷ Daarnaast rijst ook de vraag of belang moet worden gehecht aan de omvang van de schadevergoeding dan wel aan de winst die de schadeverwekker heeft geboekt.⁵³⁸ Een evenwicht kan worden bereikt als zowel de winsten als de sociale verliezen, als gevolg van zijn schadeverwekkend gedrag, in rekening worden gebracht. Wanneer het voornamelijk de bedoeling is dat de schadeverwekker rechtmatig handelt, is een berekening aan de hand van verliezen wenselijk, terwijl bij afschrikking als doel winst in acht nemen de knoop kan doorhakken.⁵³⁹ Rechtseconomen wijzen wel op het feit dat voornamelijk de winsten zullen geïnternaliseerd worden.⁵⁴⁰

ii) *Ontwikkeling van een ratio met vooropgestelde factoren*

170. Net omwille van dit moeilijke evenwicht, dat voornamelijk vanuit theoretisch oogpunt wordt benaderd, ontwikkelde men in Amerika een praktijk van ratio's. Dit wordt geconcretiseerd door voormelde 'single digit'-test. Bij een eventuele invoering naar Belgisch recht zou dit een handig instrument zijn: de speling van de rechter blijft groot genoeg om rekening te houden met alle belangrijke omstandigheden, doch het ontradend, afschrikwekkend effect blijft overeind. Op die manier wordt ook tegemoet gekomen aan het vereiste van een maximumbedrag, zij het dan in de vorm van een ratio met een bindende schaal met afzonderlijke factoren, wat nodig is in het licht van het legaliteitsbeginsel. Doordat gematigdheid speelt, is er daarenboven geen strijdigheid met artt. 3 en 10 EVRM naar de invulling van het EHRM.

171. Het bedrag van de schadevergoeding wordt vervolgens vermenigvuldigd met de ratio. Een vaste schaal dient wel te worden opgesteld. Om het nodige afschrikwekkend, maar ook zeker preventief effect te hebben, is er ook een minimumratio nodig. Deze kan echter laag beginnen, bijvoorbeeld bij 0.1. Wat belangrijker is, is de maximumratio. In het Franse recht werd een verdubbeling als maximum vooropgesteld

⁵³³ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 870-900; A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.* in *Encyclopedia of Law and Economics*, (764) 766-770; W.K. VISCUSI, *l.c.*, www.law.harvard.edu, 4; C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 861-862; C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 363; L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 222-229 en L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 476-481. Zie in het kader van vermijden van activiteiten: T. FRIEHE, "On Avoidance Activities After Accidents", 2006, 16 p. www.socialpolitik.de.

⁵³⁴ In praktijk wordt dit altijd in rekening gebracht bij de begroting: A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 905-910.

⁵³⁵ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.* in *Encyclopedia of Law and Economics*, (764) 774-778 en L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 231-233.

⁵³⁶ L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 482-483.

⁵³⁷ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 910-914 en L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 233.

⁵³⁸ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 918-920.

⁵³⁹ L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 484.

⁵⁴⁰ L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 235-236. POLINSKY en SHAVELL wensden dit echter tegen te gaan, zie hierover klaar en duidelijk uitgelegd: C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 861-862.

(cf. *infra*, nr. 206). Een verhoging naar vijfmaal de waarde lijkt wenselijk, aangezien de rechtbank zo meer speling heeft en men toch een compromis bereikt tussen de terughoudendheid en de ‘*single digit*’-test. Een verhoging van de maximumgrens kan eventueel later worden doorgevoerd, wanneer het Belgische recht hiervoor rijp is. Doordat dit bedrag specifiek begroot moet worden, rekening houdend met vooropgestelde factoren⁵⁴¹, wordt buitensporigheid tegengegaan. Terughoudendheid en gematigdheid, zoals in Engeland (cf. *supra*, nrs. 87-93), moeten eveneens in acht worden genomen: er mag maximum het bedrag opgelegd worden dat nodig is om aan de doelstellingen van *punitive damages* te worden voldaan.⁵⁴² Bovendien mag men niet straffen voor de schade die berokkend werd aan derden, doch enkel voor de schade berokkend aan de eiser.⁵⁴³ Dit hoeft niet ingeschreven te worden in de wetsbepaling zelf; een vermelding in de voorbereidende werken en educatieve lezingen kunnen volstaan.⁵⁴⁴

172. De vraag rijst met welke factoren dan net rekening kan worden gehouden. Hiervoor kan inspiratie gehaald worden in de Angelsaksische landen, alsook in de rechtseconomische benadering.⁵⁴⁵ Het is van belang voor beide partijen om elementen aan te voeren ter staving van de bevestiging of de ontkrachting van deze factoren.

Een eerste belangrijke factor is de omvang van de schadevergoeding die verkregen is op basis van gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgronden. Hoe hoger deze is, hoe lager *punitive damages* kunnen zijn om aan hun doelstellingen te voldoen. Er moet dus een redelijk verband zijn met de geleden schade. Hetzelfde kan gezegd worden over het feit of er al dan niet reeds een strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevonden: dit leidt tot een vermindering van de omvang van de *punitive damage*. Deze factoren wordt ook aangenomen in Engeland en Amerika (cf. *supra*, nrs. 90 en 97), maar staan echter niet op zichzelf.

Een tweede factor is de omvang van de winst die de schadeverwekker verworven heeft als gevolg van zijn schadeverwekkend gedrag met miskennis van de rechten van anderen. Rechtseconomisch bestaat hierover enige onzekerheid, maar doordat de problematiek van de lucratieve fout een voornaam knelpunt is, kan aan dit criterium niet voorbij worden gegaan. Deze winst is dus niet enkel van belang voor de kwalificatie van een toepassingsgeval, maar ook voor de raming van de *punitive damages*: wanneer de winst uiteindelijk kleiner uitdraait dan initieel berekend, kan deze factor een rol spelen. Ook in Amerika is dit gegeven van belang (cf. *supra*, nr. 97).

Een derde factor is de graad, de aard en de hoegrootheid van de normschending.⁵⁴⁶ Deze vlag dekt meerdere ladingen. Vooreerst kan hieronder de laakbaarheid en de verwijtbaarheid van het gedrag gebracht worden. In het Amerikaanse recht wordt, zelfs na *Philip Morris*, aanvaard dat dit kan door de schade aan derden aan te tonen.⁵⁴⁷ Ook naar Belgisch recht zou dit dus een element van begroting kunnen zijn. Daarnaast past eveneens de graad van intentie onder deze noemer. Tot slot is ook de pakkans en dus het risico op veroordeling in dat

⁵⁴¹ Een grote tempering zal het bedrag van de schadevergoeding zijn.

⁵⁴² B. WEYTS, *l.c.*, RW 2005-06, afl. 42, (1641) 1651.

⁵⁴³ Cf. de zaak van *Philip Morris*, *supra* nr. 98.

⁵⁴⁴ Een belangrijke rol is weggelegd voor het onderwijs: T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 117.

⁵⁴⁵ Deze kunnen worden teruggevonden in de besprekingen in Hoofdstuk 3. Waar nodig wordt verwezen naar het betreffende randnummer.

⁵⁴⁶ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 42.

⁵⁴⁷ Dit is geen tegenstrijdigheid: T.B. COLBY, *l.c.*, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, (392) 464-466.

type van onrechtmatige daad, van belang.⁵⁴⁸ Hoe hoger de eerste twee elementen, hoe hoger de *punitive damages*. De pakkans varieert dan weer in omgekeerd evenredige zin.⁵⁴⁹ Deze elementen kunnen zowel in recht als in de rechtssociologie gevonden worden (cf. *supra*, nrs. 90, 97 en 169).

Een vierde factor is de persoon van de schadelijder en schadeverwekker, wat uit Amerikaans en Engels recht gepuurd kan worden (cf. *supra*, nrs. 90 en 97). De persoon van de schadeverwekker omvat onder andere diens rijkdom: hoe rijker iemand is, hoe hoger het bedrag moet zijn om van straffende aard te zijn. Dit element is echter niet van doorslaggevend belang, gelet op de drempelverlaging. Voor de schadelijder mag de drempel immers niet verschillen naargelang de rijkdom van de schadeverwekker. Dit is bovendien niet het enige: ook de hoedanigheid van deze schadeverwekker is van belang. De professionaliteit van de schadeverwekker en de hardleersheid kan immers in rekening worden gebracht.⁵⁵⁰ Een professioneel die reeds meerdere malen veroordeeld is wegens dezelfde laakbare gedragingen, maakt zelf duidelijk dat de bedragen die eerder werden opgelegd onvoldoende zijn om ontradend te werken, noch een strafkarakter hebben. Wanneer één handeling meerdere schadelijders tot gevolg heeft en deze allen *punitive damages* vorderen, kan dit echter een omgekeerd effect hebben bij de begroting en zorgen voor een verlaging van het bedrag. Bij de persoon van de schadelijder kan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met diens bekendheid en de omvang van de geleden reputatieschade. Dit wil echter niet zeggen dat een Jan Modaal geen vergoeding kan krijgen: ook hij kan in zijn naaste omgeving reputatieschade lijden. Deze zal echter, naar alle waarschijnlijkheid, kleiner zijn, waardoor een lagere bestraffing gerechtvaardigd kan worden.

Als vijfde factor kan de duur en het bereik of ‘verspreidheid’ van het schadeverwekkend gedrag in rekening worden gebracht bij de begroting. Des te langer een schadeverwekkend gedrag heeft aangehouden, des te hoger het toegekende bedrag dient te zijn om straffend en ontradend te werken. Ook het bereik is van belang: hoe weidser de onrechtmatige daad gevolgen heeft, hoe hoger de straf dient te zijn.

Als laatste element in de opsomming, kan een open norm worden opgenomen die de rechter naar de concrete omstandigheden van de zaak verder kan invullen. Hieronder kan het gedrag van de schadelijder worden gebracht, dat eventueel een eigen fout kan uitmaken doch geen afbreuk doet de voormelde toepassingsgevallen. Anderzijds kan hieronder het feit of reeds al dan niet een corrigerende handeling werd ondernomen door de schadeverwekker, betrokken worden. Dit zal echter geen bevrijdende grond zijn. Het zou in de hand kunnen werken dat men snel een kleine inspanning zou doen door bijvoorbeeld excuses te publiceren in een dagblad na grove schending van de privacy en toch nog woekerwinsten boekt, in de hoop geen *punitive damages* meer te moeten betalen. Ook dit doet echter geen afbreuk aan de toepassingsvoorwaarden, doch kan enkel helpen bij de begroting. Daar de rechter echter specifiek zal moeten motiveren welke elementen hij nog heeft laten meespelen en in welke zin, wordt willekeur tegengegaan.

⁵⁴⁸ Zie op verregaande wijze: O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1810 en E.M. VAN DER HEIJDEN, *l.c.*, *NJB* 2001, afl. 36, (1749) 1755-1756: bewijs lage veroordelingskans is vereist om onder toepassingsgebied te vallen. Dit is een te zware bewijslast en zou *punitive damages* uithollen. Het in rekening brengen van deze factor bij de begroting volstaat.

⁵⁴⁹ O.H. KERKMEESTER, *l.c.*, *NJB* 1998, afl. 40, (1807) 1808.

⁵⁵⁰ Terzijde: dit doet denken over de discussie of al dan niet subjectieve elementen betrokken kunnen worden in de beoordeling van het objectief element van de fout. Zie hierover: B. WEYTS, “Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?” (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, afl. 2, (112) 113 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 128-133 en verwijzingen aldaar.

Rekening houden met de proceskosten, zoals rechtseconomisch wordt aangehaald⁵⁵¹, is niet wenselijk. De eisende partij zal deze kosten, wanneer ze de zaak wint, immers niet moeten betalen (art. 1017 Ger.W.). De kosten van een advocaat zullen normaliter gedekt worden door de *punitive damages*, gecombineerd met de rechtsplegingsvergoeding. Hiermee rekening houden bij de begroting van *punitive damages* is dan ook overbodig.

173. Door door middel van ratio's, waaraan uiterste grenzen zijn gesteld, invulling te geven aan de hand van meerdere factoren, kunnen strengheid en vrijheid hand in hand gaan. Er is een rechtsbasis met aanknopingspunten op grond waarvan geoordeeld moet worden⁵⁵², die toch ruimte laat voor invulling aan de hand van de feitelijke gegevens. Hierdoor wordt een gebalanceerd compromis bereikt en wordt de vrije meningsuiting niet op onevenredige wijze beperkt, als deze aanleiding geeft tot toekenning van *punitive damages*. Niets belet dat in de toekomst rechters en rechtsgeleerden gaan samenzitten en 'multipliers' uitwerken per factor⁵⁵³, zodat de toepassing mathematischer doch nog met de nodige vrijheid kan plaatsvinden. Enige 'onvoorspelbaarheid' omtrent het concrete is, naast rechtszekerheid, nog steeds nodig, omdat anders alweer berekend gedrag zal plaatsvinden.

§4. Fonds

174. Een volgende voorwaarde van inpasbaarheid van *punitive damages* naar Belgisch recht is de oprichting van een fonds, waaraan een gedeelte van de verkregen geldsom wordt toegekend.⁵⁵⁴

175. Dit komt niet alleen tegemoet aan de terughoudendheid jegens deze rechtsfiguur wegens het verwerven van een ongerechtvaardigd voordeel, maar kan ook een belangrijke vangnetfunctie vervullen. De verzekeraarbaarheid van *punitive damages* is immers onzeker (cf. *infra*, nr. 201). Hierdoor zou de benadeelde schadelijder geen garantie hebben op de daadwerkelijke uitbetaling van zijn verworven *punitive damage*. Een fonds kan hieraan remediëren. Daar er immers steeds een deel van het bedrag aan het fonds wordt betaald, bijvoorbeeld de helft, kan dit fonds bijspringen wanneer de schadeverwekker insolvent is: het heeft steeds een kapitaal te zijner beschikking. De schadelijder verkrijgt op die manier meteen 'zijn' deel van de toegekende *punitive damage*. Het fonds kan dan verhaal instellen jegens de schadeverwekker, die het fonds moet terugbetalen voor het deel van de schadelijder, en zal eveneens betalen voor het deel dat moet toekomen aan dit fonds. Dit kan dan op langere termijn. Op die manier wordt eveneens tegemoet gekomen aan de vrees voor bankroet van de schadeverwekker (cf. *infra*, nr. 195). De rechten van de schadelijder worden dus gevrijwaard, de plichten van de schadeverwekker eveneens.

176. De samenstelling en de bevoegdheden van dit fonds overdenken, is momenteel voorbarig. Eerst dient deze constructie principieel aanvaard te worden. In de ideale wereld zouden de leden van dit fonds specialisten zijn in de rechtstakken waarin lucratieve en bedrieglijke fouten worden gepleegd, zoals burgerlijk recht, mededingingsrecht, handelsrecht, alsook in het algemeen aansprakelijkheidsrecht. Dit kan echter later ingevoerd worden bij koninklijk besluit. Voor het overige blijft dit dus buiten beschouwing.

⁵⁵¹ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 921-923.

⁵⁵² Het gaat dan niet louter om feitelijke gegevens doch om rechtsfeiten, waarbij cassatieberoep aldus openstaat.

⁵⁵³ Voorbeeld voor 'pakkans': A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 962.

⁵⁵⁴ Hierop werd reeds hoger gealludeerd, cf. Hoofdstuk 4, afdeling 1, §4, nrs. 135-138.

§5. Procesrechtelijke aspecten

177. Niet alleen materieelrechtelijke, doch ook procesrechtelijke aspecten zijn van belang. Meerdere aspecten dienen te worden overwogen.

178. De vordering tot *punitive damages* naar Belgisch recht mag geen zelfstandige vordering uitmaken, maar moet gekoppeld zijn aan een vordering tot het bekomen van een compensatoire schadevergoeding op basis van de gemeenrechtelijke gronden. Deze vordering zal noodzakelijk ingesteld moeten worden, wil men *punitive damages* bekomen. Er moet dus een vastgestelde aansprakelijkheid zijn. Dit is ter beperking van de toekenning van *punitive damages*: enkel daar waar het daadwerkelijk nodig is, kunnen zij worden toegekend. Eisers zullen dit bovendien *uitdrukkelijk* en *uitgebreid gemotiveerd* moeten vorderen – een persoonlijk belang is vereist. Wanneer de motivatie ontbreekt, kan de vordering voor dit deel zonder nader onderzoek ongegrond worden verklaard: de stelplicht en de bewijslast berusten immers bij de eisende partij.

179. Tevens zou de rechtbank de toekenning van *punitive damages* op zich, los van het bedrag, bijzonder moeten motiveren. Daarnaast verdient ook de omvang aandacht in het vonnis. Het punitief bedrag expliciet onderscheiden van de compensatoire schadevergoeding⁵⁵⁵ lijkt mij nuttig maar niet eenvoudig. Dit kan immers op het eerste zicht tot gevolg hebben dat rechters enkel de materiële schade als compensatoir zullen beschouwen en de morele component als punitief zullen afdoen⁵⁵⁶, waardoor de helft van dit bedrag toe zal komen aan voormeld fonds. Het invoeren van een ratio ter begroting van *punitive damages* kan hierbij echter helpen. Rechters zullen zo sneller geneigd zijn eerst de compensatoire vergoeding te ramen en beseffen meteen dat *punitive damages* een afzonderlijke vergoedingspost zijn, die op zich geen invloed mogen hebben op de omvang van het compensatoire luik. Doordat er een ratio wordt gebruikt met meerdere factoren en men niet eenvoudigweg een ‘rond bedrag’ kan opleggen, wordt deze gedachtegang ondersteund.

180. Om *punitive damages* toe te kennen, lijkt het daarenboven aangewezen dat de beslissing wordt genomen door een college van drie rechters en niet door een alleenzettelende rechter. Dit werkt in de hand dat er niet over licht ijs wordt gegaan, zeker voor wat betreft de bijzondere motivering en de afzonderlijke raming. Willekeur en excessieve toepassing worden zo tegengegaan.⁵⁵⁷ In praktijk zou dit haalbaar zijn wanneer dit onder de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg wordt gebracht, ook in de gevallen waarbij het initieel geschil normaliter voor een andere rechtbank wordt gebracht, zoals bijvoorbeeld de rechtbank van koophandel. Over dit bodemgeschil zal de rechtbank van eerste aanleg dan ook moeten oordelen. Op die manier bouwt ook deze rechtbank de nodige expertise op inzake *punitive damages*. In de initiële vordering zou de raadsman van de eisende partij reeds moeten aangeven dat *punitive damages* worden gevorderd, waardoor het op de inleidingszitting naar een college zou kunnen worden verwezen. Dit vereist dus een aanpassing van de materiële bevoegdheidsregels van het gerechtelijk wetboek (art. 556 e.v.). Een uitzondering inzake de exclusiviteit kan gemaakt worden wanneer het slachtoffer zich reeds burgerlijke partij heeft gesteld bij een strafvordering (cf. *supra*, nr. 142). Ook dan is het wenselijk dat een college oordeelt.

⁵⁵⁵ Dit naar analogie met art. 1371 *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code Civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)* – Frankrijk, cf. *infra*, nr. 206.

⁵⁵⁶ C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 865.

⁵⁵⁷ Zie ook art. 92 § 1 °2 Ger.W.: kamer met 3 rechters bij burgerlijke vordering tot vergoeding schade uit persmisdrijf. H. VANDENBERGHE, *l.c.* in *Aansprakelijkheidsrecht*, (109) 113.

181. In diezelfde aard moeten procesrechtelijke waarborgen in acht worden genomen, in die zin dat de zaak steeds op tegenspraak zal moeten worden behandeld. Naar de regel zal dit bij een aansprakelijkheidskwestie hoe dan ook het geval zijn, zodat zich hier geen problemen stellen. Daarenboven zal een beroepsmogelijkheid steeds voorhanden moeten zijn, eventueel in afwijking van art. 617 Ger.W.⁵⁵⁸ Ten voordele van de schadelijder zou het gevorderde bedrag van *punitive damages* niet bepalend mogen zijn in de schaal voor de rechtsplegingsvergoeding, aangezien op die manier een nieuwe drempel wordt ingeschreven: bij eventueel verlies van de zaak, draagt de eiser-schadelijder zo de berekende hoge kost.

182. Tot slot is ook de verjaringsproblematiek van belang. De vordering tot het verkrijgen van *punitive damages* is een *accessorium* van de aansprakelijkheidsvordering, waardoor deze, op basis van het algemeen principe ‘*accessorium sequitur principale*’, het lot van de hoofdvordering volgt. Belangrijk is te benadrukken dat dit kan, omdat de internrechtelijke kwalificatie van burgerrechtelijke aard is, zodat het eventueel strafkarakter in de zin van art. 6 EVRM hieraan geen afbreuk doet. Wanneer de vordering dus gebaseerd is op artt. 1382-1383 BW, moet de vordering onder de algemene verjaringsbepaling voor buitencontractuele aansprakelijkheid gebracht worden. Art. 2262*bis* BW, met zijn relatieve verjaringstermijn van 5 jaar vanaf kennis van de identiteit van de schadeverwekker en de schade⁵⁵⁹ en zijn absolute verjaringstermijn van 20 jaar vanaf het schadeverwekkend feit, speelt dus. Een vordering tot *punitive damages* waarbij de schadevergoeding gebaseerd is op een andere aansprakelijkheidsgrond, zoals op basis van de Wet Productaansprakelijkheid, zal het specifieke verjaringsregime volgen, zoals *in casu* art. 12 van deze wet.⁵⁶⁰

§6. Artikel 1383*bis* BW?

183. Tot slot is het wenselijk een voorbeeld te tonen van hoe dit artikel 1383*bis* BW er nu zou kunnen uitzien, gelet op de voormelde voorwaarden van inpasbaarheid. Een poging wordt weergegeven:

Art. 1383*bis*

§1. Bij berekend, intentioneel en foutief gedrag, gericht op profijt of winst die de potentiële vergoeding aan de benadeelde⁵⁶¹ zou overstijgen of evenaren, kan de rechtbank mits bijzondere motivering een vergoeding opleggen bovenop de schadevergoeding, met het oog op bestraffing, preventie en afschrikking of ontrading.

Dit berekend gedrag wordt weerlegbaar vermoed bij uiterst roekeloos handelen of nalaten of bij de kennelijke overtreding van een specifieke rechtsnorm die een gebod of een verbod bevat, met bewuste miskennis van andermans rechten. Hierbij moet door de benadeelde tevens een materieel voordeel als gevolg van de schending van diens rechten aannemelijk gemaakt worden.

Eenzelfde sanctie kan worden opgelegd bij een bedrieglijke fout, waar zowel de handeling als schadelijke gevolgen gewild zijn.

⁵⁵⁸ Cf. *supra*, voetnoot 441.

⁵⁵⁹ En dus niet van het lucratief karakter, gelet op het accessoir karakter.

⁵⁶⁰ “§1 Onverminderd artikel 2277ter van het Burgerlijk Wetboek vervalt het recht van het slachtoffer om van de producent schadevergoeding te bekomen uit hoofde van deze wet na een termijn van tien jaar, te rekenen van de dag waarop deze het product in het verkeer heeft gebracht, tenzij het slachtoffer gedurende die periode op grond van deze wet een gerechtelijke procedure heeft ingesteld.

§2 Onverminderd artikel 2277ter van het Burgerlijk Wetboek, verjaart de rechtsvordering ingesteld op grond van deze wet door verloop van drie jaar, te rekenen van de dag waarop hij er redelijkerwijs kennis van had moeten hebben.

De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende schorsing en stuiting van de verjaring zijn op die rechtsvorderingen van toepassing.”.

⁵⁶¹ De term ‘benadeelde’ past beter in een wettekst dan schadelijder of slachtoffer. Hiermee wordt uiteraard dezelfde persoon bedoeld.

Deze vergoeding moet uitdrukkelijk en gemotiveerd gevorderd worden door de benadeelde.

§2. De omvang van deze vergoeding moet afzonderlijk van de schadevergoeding worden geraamd. Dit gebeurt aan de hand van een ratio van 0.1 tot 5 waarmee het bedrag van de schadevergoeding vermenigvuldigd wordt. Hierbij worden volgende factoren in acht genomen:

- °1: omvang van de schadevergoeding en strafrechtelijke veroordeling;
- °2: verworven winst van de schadeverwekker;
- °3: graad, aard en hoegrootheid van de normschending;
- °4: persoon van schadeverwekker en benadeelde;
- °5: duur en bereik van het schadeverwekkend gedrag;
- °6: andere elementen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak, mits bijzondere motivering.

De rechtbank motiveert uitdrukkelijk in welke zin voormelde factoren in de berekening werden betrokken.

§3. De helft van de in dit artikel toegekende vergoeding zal toekomen aan een fonds, op te richten door de Koning. Deze zal de bevoegdheden en de samenstelling nader bepalen.

§4. Voorzien in een verzekering ter dekking van de in paragraaf 1 opgelegde vergoedingen, is verboden.

Afdeling 3. Verzekerbareid?

184. De verzekerbareid van *punitive damages* is zelfs in de Common Law-landen geen onbesproken thema.⁵⁶² In het Engelse recht sprak de Law Commission zich hierover pas in 1997 positief uit.⁵⁶³ De praktijk wijkt echter wel vaak af van deze principiële, theoretische mogelijkheid.⁵⁶⁴ In verschillende staten van Amerika wordt de verzekerbareid echter afgewezen.⁵⁶⁵ Slechts ongeveer de helft van de Amerikaanse rechtbanken erkent de verzekerbareid.⁵⁶⁶ Het debat over de verzekerbareid is dus zelfs in de ‘moederlanden’ van *punitive damages* niet uitgeklaard. Aangenomen dat *punitive damages* naar Belgisch recht zouden worden ingevoerd, is het dan ook van belang dit vraagstuk te onderzoeken.

185. Om tot de behandeling van deze vraag over te gaan, is het van belang *punitive damages* een plaats toe te dichten in het recht.

Zij worden immers beschouwd als een vorm van schadevergoeding⁵⁶⁷, waardoor hun verzekerbareid op het eerste zicht mogelijk is op grond van art. 77⁵⁶⁸ Wet Landverzekeringsovereenkomst⁵⁶⁹ (hierna: WLVO).⁵⁷⁰

⁵⁶² E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, Intersentia, 2012, (415) 415.

⁵⁶³ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 423 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 832-833.

⁵⁶⁴ Zie hierover: J. MORGAN, *l.c.* in *The Power*, (183) 199-204 en V. WILCOX, *l.c.* in *Punitive Damages*, (7) 50-51.

⁵⁶⁵ I. EBERT, “Punitive Damages and Liability Insurance” in *Punitive Damages*, (213) 213; W.K. VISCUSI, *l.c.*, www.law.harvard.edu, 8-9 en A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 931.

⁵⁶⁶ G.L. PRIEST, “Insurability and Punitive Damages”, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1009-1035 en E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, 2012, (415) 423.

⁵⁶⁷ L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 447 (hierna verkort: *Grondslagen*). Dit door de onzekerheid over het al dan niet ‘strafvervolg’-karakter in de zin van art. 6 EVRM: cf. *supra*, nr. 123.

§1. Contra verzekerbareid

186. Nochtans moet worden nagegaan of het verzekeren van deze *punitive damages* niet zou ingaan tegen de openbare orde⁵⁷¹ en dus in strijd zou zijn met art. 6 BW, wat leidt tot absolute nietigheid van deze overeenkomsten of minstens deze deelbare clausules.⁵⁷² Doordat *punitive damages* qua doelstellingen nauw aansluiten bij het strafrecht, zou dit immers een probleem kunnen vormen. Een verzekering voor strafrechtelijke inbreuken is immers ongeoorloofd als strijdig met de openbare orde⁵⁷³, aangezien het persoonlijk karakter van een straf⁵⁷⁴ op die manier wordt ondergraven. Bepaalde rechtsleer neemt dan ook aan dat op burgerlijke straffen, los van art. 6 EVRM, ook bepaalde regels van het strafrecht toepasbaar zijn, zoals dit persoonlijk karakter dat inherent verbonden is aan het repressieve karakter.⁵⁷⁵ Deze visie lijkt correct te zijn: een nietigheid wegens strijdigheid met de openbare orde dringt zich op. Bij administratieve sancties werd het persoonlijk karakter dan ook bevestigd door het Grondwettelijk Hof.⁵⁷⁶ Bij deze sancties werd eveneens verdedigd dat deze niet verzekerd konden worden, zij het dan niet omdat ze gelijkaardige functies vertonen met het strafrecht, doch wel op basis van de dekkingsomschrijving.⁵⁷⁷ Hierbij schijnt wel voorbij te zijn gegaan aan de rechtspraak van het Hof. Anderzijds kan men er niet omheen dat de formele status wel verschillend is. Burgerlijke gevolgen, gekoppeld aan een strafrechtelijk feit, kunnen wel het voorwerp uitmaken van een verzekering, als de verzekering niet de bedoeling heeft een illegale situatie in stand te houden of te creëren.⁵⁷⁸ *Punitive damages* verzekeren zou echter net dergelijke situatie tot stand brengen, aangezien de rem op onzorgvuldig lucratief of bedrieglijk gedrag weggenomen wordt.

187. De punitieve elementen kunnen reeds van doorslaggevend belang zijn, gelet op het ‘straf’-karakter dat *punitive damages* mogelijks verwerven op grond van art. 6 EVRM. De internrechtelijke burgerlijke aard doet hieraan geen afbreuk, zeker niet wanneer men het idee van art. 91 WLVO⁵⁷⁹ mede in acht neemt, wat een belangrijk rechtsbeginsel is. Deze vaststelling noopt vervolgens tot een persoonlijk karakter van deze burgerlijke straf, aangezien anders het idee van bestraffing en bijzondere ontrading verloren gaat. Een parallel zou getrokken kunnen worden met administratieve sancties. *Punitive damages* verschillen in dat opzicht ook van de moratoire interest en schadebedingen, aangezien aan de functie van bestraffing in mindere mate belang wordt gehecht.⁵⁸⁰ Het nadeel dat hieraan verbonden is, nl. dat bij overlijden van de schadeverwekker

⁵⁶⁸ “Dit hoofdstuk [Aansprakelijkheidsverzekeringen] is van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten die ertoe strekken de verzekerde dekking te geven tegen alle vorderingen tot vergoeding wegens het voorvallen van de schade die in de overeenkomst is beschreven, en zijn vermogen binnen de grenzen van de dekking te vrijwaren tegen alle schulden uit een vaststaande aansprakelijkheid.”

⁵⁶⁹ Wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, BS 20 augustus 1992.

⁵⁷⁰ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 418.

⁵⁷¹ Zie in die zin ook: G.L. PRIEST, *l.c.*, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1009 en 1012.

⁵⁷² E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 419-420. Dit wordt ook geponereerd bij de Franse voorstellen: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 277. Zie over dit artikel en zijn gevolgen algemeen: C. CAUFFMAN en B. WEYTS, *l.c.* in *Preadviezen 2009*, (303) 309-315.

⁵⁷³ Art. 91 WLVO, ingevoerd voor de rechtsbijstandverzekeringen, is een illustratie van het algemeen rechtsbeginsel hieromtrent: “Geen enkele geldboete of geen enkele minnelijke schikking in strafzaken kan het voorwerp zijn van een verzekeringsovereenkomst, met uitzondering van die welke ten laste zijn van de persoon die burgerrechtelijk aansprakelijk is en die geen betrekking hebben op de wetten en de uitvoeringsbesluiten betreffende het wegverkeer of betreffende het vervoer over de weg.”

⁵⁷⁴ Cass. 13 maart 2008, *Pas.* 2008, afl. 3, 706.

⁵⁷⁵ M.A. MASSCHELEIN, *l.c.*, *RW* 2010-11, afl. 17, (690) 696.

⁵⁷⁶ GwH 16 juni 2009, *TFR* 2010, 444, noot C. VAN CRAEYVELT. Zie hierover: E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 161-162.

⁵⁷⁷ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 420 met verwijzing naar COLLE.

⁵⁷⁸ L. SCHUERMANS, *Grondslagen*, 262-263 en E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 425.

⁵⁷⁹ Cf. *supra*, voetnoot 573.

⁵⁸⁰ De verzekerbareid daarvan is wel een feit: L. SCHUERMANS, *Grondslagen*, 461-462. Dit is logisch want de hoegrootheid is op voorhand accuraat voorspelbaar. Zie ook: E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 158-159.

de *punitive damage* niet meer moet worden uitbetaald⁵⁸¹, is niet van die aard afbreuk te doen aan deze visie, aangezien het merendeel van de doelstellingen van *punitive damages* dadergericht en niet slachtoffergericht is.⁵⁸² Het argument dat burgerlijke gevolgen van een strafrechtelijk feit wel verzekeraar zijn, is verschillend van *punitive damages*, aangezien deze zelf en op zichzelf een punitief karakter behelzen⁵⁸³, wat niet het geval is bij de vergoedingen die aan burgerlijke partijen worden toegekend. Bovendien kan de verzekeraarheid van *punitive damages* schadeverwekkende handelingen net tot stand brengen. Op basis van het strafkarakter en hieraan gekoppeld het persoonlijk karakter kan reeds besloten worden tot de niet-verzekeraarheid van *punitive damages*.

188. Nochtans noopt de onzekerheid in de rechtsleer alsook enige voorzichtigheid tot verder onderzoek. Hierbij kan ondergeschikt, waarop reeds gealludeerd, het effect dat een verzekering heeft op de functies van *punitive damages* dienstig zijn.⁵⁸⁴ Dat een verzekering geen problemen bezorgt in het licht van de functies van het compensatoire aansprakelijkheidsrecht, werd reeds hoger uiteengezet (cf. *supra*, nr. 54). De verzekeraarheid van *punitive damages* kan echter wel zorgen voor een ondergraving van de doelstellingen, aangezien de klemtoon op de schadeverwekker wordt gelegd en niet op de schadelijder. De bestraffende en ontradende functies zouden immers geminimaliseerd worden, omdat de verzekeraar de kost zal dragen.⁵⁸⁵ De preventieve werking die uitgaat van een verzekering door o.a. het stellen van een hoge premie is niet sterk genoeg om deze tekortkoming te ondervangen. Een calculerend gedrag blijft bestaan en het feit dat men de hoogte van de premies kent, werkt dit net in de hand: een onzekere factor wordt immers een zekere factor. Een roekeloosheid kan dus ontstaan, omdat men zich net ‘veilig’ voelt door de verzekeringsdekking. De problematiek van ‘*moral hazard*’⁵⁸⁶ kan immers niet sterk genoeg benadrukt worden als tegenargument, ondanks premie-aanpassingen e.d.m.: deze volstaan niet, omdat het individueel risico te moeilijk in te schatten is.⁵⁸⁷ Door deze onberekenbaarheid zal de preventie dus niet bereikt worden d.m.v. correcte premiedifferentiatie.⁵⁸⁸ Bovendien zou het door de verzekeraars gevoerde segmenteringsbeleid als vanzelf tot een uitsluiting van *punitive damages* kunnen leiden.⁵⁸⁹ Zij zouden dan optreden als private handhavers, aangezien zij het gedrag van de verzekeringsnemer onder de loep zullen nemen en hieraan ontradende gevolgen zullen koppelen⁵⁹⁰, wat de uitwerking van *punitive damages* niet ten goede komt. Het gevoel van bestraffing verdwijnt dan ook geheel, daar er geen directe link meer is tussen die concrete

⁵⁸¹ A.S. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding IV*, 9.

⁵⁸² Zoals bij alle private straffen: E. NORDIN, *l.c.* in *Toetsing van sancties*, (147) 148.

⁵⁸³ Zie echter in een tegengestelde zin: G.L. PRIEST, *l.c.*, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1009-1010.

⁵⁸⁴ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 421-424.

⁵⁸⁵ G.L. PRIEST, *l.c.*, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1012-1014; L.T. VISSCHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 233-234 en I. EBERT, *l.c.* in *Punitive Damages*, (213) 215.

⁵⁸⁶ G.L. PRIEST, *l.c.*, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1029-1030 en 1033 en G. WAGNER, “(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems” in *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, (87) 95-98.

⁵⁸⁷ I. EBERT, *l.c.* in *Punitive Damages*, (213) 215 en J. MORGAN, *l.c.* in *The Power*, 2012, (183) 203-204. Zie hierover ook algemeen: R.J.S. SCHWITTERS “Wat zijn de maatschappelijke gevolgen van een instrumenteel aansprakelijkheidsrecht?” in M. HERTOEGH en H. WEYERS (eds.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2011, 327-347 (514 p.).

⁵⁸⁸ G.L. PRIEST, *l.c.*, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1027-1028; T. HARTLIEF en R.P.J.L. TIJTTES, *l.c.* in *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, (55) 87-88; W.K. VISCUSI, *l.c.*, www.law.harvard.edu, 18-19; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 35; D. FASQUELLE en R. MÉSA, *l.c.*, *RGAR* 2004, nr. 13949, nr. 35; G. WAGNER, *l.c.* in *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, (87) 90; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 837-838 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 73-75.

⁵⁸⁹ H. COUSY, *l.c.* in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, (203) 217-218.

⁵⁹⁰ L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 485.

schadeverwekkende daad en het uitkeren van een bepaalde geldsom⁵⁹¹ – alle verzekerden dragen immers de kost.⁵⁹² De vergoedende functie van *punitive damages* blijft echter overeind, aangezien het voor de schadelijder volstaat om betaald te worden. Voormeld fonds kan echter eveneens een oplossing bieden voor mogelijke insolvabiliteit. Er kan uiteindelijk worden besloten dat de verzekerbaarheid van *punitive damages* grondig in vraag kan worden gesteld, gelet op de doelstellingen die aan de basis ervan liggen.

189. De verzekering is echter ook een commerciële overeenkomst⁵⁹³ waarbij de contractvrijheid geldt.⁵⁹⁴ De openbare orde legt hieraan grenzen op (art. 6 BW), maar uit het bovenstaande blijkt dat inzake *punitive damages* enige onzekerheid bestaat over de invulling van dit begrip in verband met het strafkarakter (cf. *supra*, nrs. 186-187). Ook moet een rechterlijke tussenkost beperkt blijven, gelet op de bindende kracht van de overeenkomst of nog, ‘*pacta sunt servanda*’ (art. 1134 BW). Wanneer *punitive damages* onder de dekking van de overeenkomst vallen, is het immers van belang dat deze overeenkomst wordt nageleefd. De vraag rijst enerzijds of *punitive damages* onder de standaard-verzekeringsovereenkomsten vallen. Verzekeraars gebruiken immers vaak de termen ‘alle sommen, alle vergoedingen voor schade, ...’, waardoor *punitive damages* niet expliciet uitgesloten blijken te zijn, althans niet in de ogen van de verzekeringsnemer. Een interpretatie conform art. 1162 BW noopt ook in die richting⁵⁹⁵.

Anderzijds leiden opzettelijke fouten tot verval van dekking⁵⁹⁶ (art. 8 lid 1 WLVO)⁵⁹⁷, dus m.a.w.: de wetgever verbiedt dekking te verlenen voor deze opzettelijke fouten, wat een bevel van openbare orde is.⁵⁹⁸ Dit zijn fouten waarvan zowel de handeling als de gevolgen gewild zijn.⁵⁹⁹ De opzettelijke en kwaadwillige fout hoort hier zeker bij. De lucratieve⁶⁰⁰ en de bedrieglijke fout kunnen hier eveneens worden ondergebracht. Op zich zou verzekerbaarheid in het licht van de vooropgestelde categorieën van inpasbaarheid dus onmogelijk zijn naar Belgisch recht, wegens strijdigheid met de wet. Enige voorzichtigheid is geboden met het vermoeden van grove roekeloosheid, waarbij het materieel voordeel wordt beoogd, doch de concrete schade niet.⁶⁰¹ Hieromtrent is lange tijd onenigheid geweest.⁶⁰² Nochtans besliste het Hof van Cassatie recent

⁵⁹¹ Het blijkt ook dat slachtoffer meer belang hechten dan op het eerste zicht lijkt aan het feit dat een betaling uitgaat van de schadeverwekker zelf: M.A.B. CHAO-DUIVIS, *l.c.*, *NJB* 1990, afl. 14, (513) 513; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 822-823 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 25.

⁵⁹² L. VISSCHER, *l.c.* in *The Power*, (471) 484.

⁵⁹³ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 424-426.

⁵⁹⁴ Dit is een argument pro, zo blijkt uit de Amerikaanse rechtsleer: I. EBERT, *l.c.* in *Punitive Damages*, (213) 214.

⁵⁹⁵ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 428.

⁵⁹⁶ Het is logischer deze bij voorbaat uit de dekking te onttrekken, zodat de bindende kracht geëerbiedigd lijkt. Zie: G. JOCQUÉ, “Opzet in de gezinsaansprakelijkheidsverzekering”, *T.Verz.* 2001, afl. 335, (215) 225-227, verwijzend naar de *ratio legis* van de bepaling en het aleatoire karakter van de verzekering.

⁵⁹⁷ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1647-1648; L. SCHUERMANS, *Grondslagen*, 647-654; P. COLLE, *Algemene beginselen*, 92-93; G. JOCQUÉ, “Verzekeringsrecht kroniek 2009-2011. Rechtspraakoverzicht Grondwettelijk Hof en Hof van Cassatie (juli 2009 – juni 2011)”, *NJW* 2011, afl. 246, (478) 478-479 en B. WEYTS, *l.c.* in *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, (265) 278-279.

⁵⁹⁸ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1649; B. WEYTS, *l.c.* in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, (363) 373-375 en D. WUYTS, “De definiëring van het opzettelijk veroorzaakt schadegeval in de zin van artikel 8 WLVO” (noot onder Cass. 24 april 2009), *RABG* 2010, afl. 20, (1313) 1313. Dit is ook verboden in vele Amerikaanse staten of uitgesloten in polissen. Dezelfde interpretatieproblemen rijzen: G.L. PRIEST, *l.c.*, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1015-1019 en 1029-1035. In Frankrijk: D. FASQUELLE en R. MÉSA, *l.c.*, *RGAR* 2004, nr. 13949, nrs. 38-42.

⁵⁹⁹ Cass. 24 april 2009, *T.Verz.* 2010, noot J.-L. FAGNART (evolutie ten opzichte van Cass. 5 december 2000, *T.Verz.* 2001, afl. 335, 256). Zie ook: G. JOCQUÉ, *l.c.*, *T.Verz.* 2001, afl. 335, (215) 219-220; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 278-281; D. WUYTS, *l.c.*, *RABG* 2010, afl. 20, (1313) 1315-1320 en B. WEYTS, *l.c.* in *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, (265) 279-282.

⁶⁰⁰ Per definitie opzettelijke fout: B. WEYTS, *l.c.* in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, (363) 368-369 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 264.

⁶⁰¹ Dit zorgt voor een ingewikkelde constructie van verzekerbaarheid voor het onopzettelijk deel en niet-verzekerbaarheid van het opzettelijk deel, waar ook de Fransen op wezen: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 277. Volgens art. 1383bis is echter steeds een intentioneel element vereist.

⁶⁰² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek*, 267-268 en B. WEYTS, *l.c.* in *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, (265) 274-276.

nogmaals dat er schade moet beoogd worden, maar niet die concrete schade.⁶⁰³ Ook dit vermoeden van lucratieve fout kan er dus onder vallen.

De loutere wil om het risico te creëren is echter niet voldoende.⁶⁰⁴ Creatieve geesten zouden een lucratieve fout hier kunnen onder brengen. Hieraan zou de verzekeraar bij voorbaat en uit voorzorg tegemoet kunnen komen door op uitdrukkelijke en beperkende wijze deze *punitive damages* uit te sluiten in zijn polis, conform art. 8 lid 2 WLVO.⁶⁰⁵ Deze uitdrukkelijke wijze vormt echter ook een moeilijkheid. De verzekeraar doet er immers beter aan expliciet bepaalde schuldige gedragingen uit te sluiten, veeleer dan algemeen het concept ‘*punitive damages*’⁶⁰⁶ – wat een redactionele moeilijkheid met zich meebrengt. Een overname van het nieuwe wetsartikel zou wel kunnen helpen, doch vereist oplettendheid van de verzekeraars. Ook plafonds kunnen heil bieden, doch volgens empirisch onderzoek slechts in beperkte mate.⁶⁰⁷

190. De vermeende onduidelijkheid omtrent de invulling van ‘openbare orde’ en ‘opzet’, gecombineerd met een onnauwkeurige dekkingsomschrijving door de verzekeraar of een onzorgvuldige uitsluiting zorgen eventueel voor onzekerheid voor beide partijen. Zowel verzekeraar als verzekeringnemer kunnen in de loop van de overeenkomst voor verrassingen komen te staan, waardoor ze beiden het gevoel kunnen hebben dat de contractvrijheid of de bindende kracht van de overeenkomst is geschonden. Dit kan echter alweer als een argument om de verzekeraarbaarheid van *punitive damages* af te wijzen, worden beschouwd.

191. Ook wens ik andere nadelen te signaleren. Vooreerst rijzen er vragen in verband met de conformiteit met het indemnitairst beginsel, zoals neergelegd in artt. 39 en 51 WLVO, waardoor de verzekerde zich niet mag verrijken naar aanleiding van de verzekering.⁶⁰⁸ Dit beginsel raakt tevens de openbare orde. Wanneer de *punitive damage* nu betaald zou worden door de verzekeraar en de verzekerde zijn winst die hij eventueel geboekt heeft door een ‘verzekerbare’ lucratieve fout, verrijkt hij zich wel en is dit beginsel op indirecte wijze geschonden. Bepaalde rechtsleer roept dit argument ook in jegens de schadelijder.⁶⁰⁹

192. Bovendien is er de last die op consumentenschouders wordt gelegd. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een verzekering tegen *punitive damages* mogelijk is. Alle dagbladen zouden hiervoor intekenen, omdat zij op die manier enigszins roekelozter te werk kunnen gaan en lucratieve fouten kunnen begaan, in die zin dat zij pikantere dagbladen in de handel kunnen brengen met hogere verkoopcijfers. De verzekering betaalt toch achteraf: een klassiek voorbeeld van ‘*moral hazard*’. Doordat alle dagbladen deze verzekering met, *nota bene*, hoge premies afsluiten, zal de prijs van *alle* dagbladen stijgen. De vrije-markt-economie kan niet als rem fungeren bij gelijktijdige stijging. Anders is het wanneer één dagblad veroordeeld wordt tot het betalen van een *punitive damage* en deze de vergoeding wil doortrekken naar de consumenten.

⁶⁰³ Cass. 24 april 2009, *RABG* 2010, afl. 10, 1308, noot D. WUYTS. Zie ook impliciet Cass. 12 april 2002, *RW* 2004-05, afl. 39, 1552 en Cass. 5 december 2000, *T.Verz.* 2001, afl. 335, 256. Zie hierover: C. VAN SCHOU BROEK, “Over opzettelijk veroorzaakte schadegevallen en verzekering”, *TBH* 2005, afl. 8, (819) 821-825 en D. WUYTS, *l.c.*, *RABG* 2010, afl. 20, (1313) 1320-1323.

⁶⁰⁴ Cass. 26 oktober 2011, *Pas.* 2011, afl. 10, 2348.

⁶⁰⁵ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 429. Zie ook: Cass. 12 januari 2007, *NJW* 2007, afl. 171, 845, noot G. JOCQUÉ.

⁶⁰⁶ L. SCHUERMANS, *Grondslagen*, 657.

⁶⁰⁷ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 430.

⁶⁰⁸ B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1646 en P. COLLE, *Algemene beginselen*, 156-157 en verwijzingen aldaar.

⁶⁰⁹ D. FASQUELLE en R. MÉSA, *l.c.*, *RGAR* 2004, nr. 13949, nrs. 5 en 8-12. Dit kan nochtans niet gevolgd worden, aangezien dit sowieso niet onder de schadeverzekering zou vallen van de schadelijder: er is immers geen sprake van schade.

De vrije markt kan op dat ogenblik wél als rem fungeren, aangezien de andere dagbladen hun gewone prijs zullen handhaven en het veroordeelde dagblad zijn prijs terug zal moeten reduceren tot het normale niveau.

§2. Pro verzekeraarbaarheid en weerlegging

193. Voorstanders van de verzekeraarbaarheid kunnen wel voordelen zien aan de verzekeraarbaarheid.⁶¹⁰

194. Schadelijders zullen immers sneller geneigd zijn een vordering in te stellen, wetende dat er een verzekeraar is die de vergoeding zal uitkeren.⁶¹¹ Het fonds dat bij de invoering van *punitive damages* zou opricht worden (cf. *supra*, nr. 175), komt aan dit argument echter tegemoet. Bovendien zijn *punitive damages* vooral gericht op de schadeverwekker en niet op de schadelijder. Ook kan dit net een nadeel vormen, aangezien door eventuele voorafgaande besprekingen de schadelijder de gevorderde vergoeding kan optrekken tot het maximum van zijn dekking en zo het doel van *punitive damages* voorbijloopt.⁶¹² Dat een aansprakelijkheidsverzekering bijdraagt tot de erkende functies van het aansprakelijkheidsrecht *op zich*, wordt niet ontkend⁶¹³, doch de verschillen met *punitive damages* mogen niet uit het oog worden verloren.

195. Een ander voordeel is dat de schadeverwekker van faillissement of ‘bankroet’ kan gered worden.⁶¹⁴ Nochtans staat deze bescherming haaks op de bestraffende functie. Bovendien kan ook het fonds beperkt bijdragen, doordat een gespreide betaling tegemoet zou komen aan insolventieproblemen (cf. *supra*, nr. 175). Daarnaast zouden, omwille van dit risico, sociaal wenselijke maar risicovolle gedragingen geschuwd worden.⁶¹⁵ Het lijkt mij kras dat dit effectief het geval zou zijn: deze gedragingen zullen nog steeds bestaan, zij het dan met een verhoogde waakzaamheid in acht genomen. Risicovolle gedragingen zonder de nodige voorzorgsmaatregelen zijn immers hoe dan ook niet sociaal wenselijk. Een gelijkaardig argument wordt gevonden in het ‘*judgment-proof problem*’, wat inhoudt dat, wanneer schadeverwekkers weten dat ze de opgelegde vergoedingen toch niet kunnen betalen omdat dit bedrag hun kapitaal overschrijdt, ze risicovolle activiteiten aangaan op excessieve wijze.⁶¹⁶ Het fonds biedt alweer weerwoord aan deze visie.

196. Voorstanders vermelden ook de stabielere verhouding tussen verzekeraar en verzekeringsnemer, die zorgt voor een minimalisering van conflicten tussen beide partijen. Immers, wanneer de verzekeringsnemer enkel verzekerd is voor het compensatoire gedeelte van de schadevergoeding, houdt de verplichting van de verzekeraar om leiding te nemen van het geschil op, aangezien de belangen van de verzekeraar en de verzekerde niet meer samenvallen (art. 79 WLVO).⁶¹⁷ Deze kwestie kan tot conflicten leiden. Nochtans is dit argument niet voldoende. De verplichtingen van de verzekeraar strekken zich inderdaad niet uit tot een niet-verzekerde aansprakelijkheid, maar het is niet gerechtvaardigd omwille van een betere relatie tussen de schadeverwekker en zijn verzekeraar de schadelijdende derde rechten te ontzeggen.

⁶¹⁰ Voor al deze voorwaarden verwijs ik globaal naar: E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 426-428. Zie ook: A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 932-934.

⁶¹¹ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 932 en D. FASQUELLE en R. MÉSA, *l.c.*, *RGAR* 2004, nr. 13949, nr. 34.

⁶¹² I. EBERT, *l.c.* in *Punitive Damages*, (213) 215.

⁶¹³ Cf. *supra*, nr. 54. Zie echter ook: T. HARTLIEF, *l.c.* in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, (1) 22-23 en 35; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1644; T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 11 en T. HARTLIEF, “Aansprakelijkheid zonder verzekering”, *NJB* 2011, afl. 25, (1601) 1601: meer claims dus beter in functies vervullen.

⁶¹⁴ I. EBERT, *l.c.* in *Punitive Damages*, (213) 214.

⁶¹⁵ R. VAN DEN BERGH en M. FAURE, “De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse” in *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, (9) 26 en A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.*, *Harvard Law Review* 1998, (869) 933.

⁶¹⁶ S. SHAVELL, “Economics and liability for accidents”, 2005, <http://lsr.nellco.org>, 10 en L.T. VISSCHER *l.c.* in *Punitive Damages*, (219) 232.

⁶¹⁷ L. SCHUERMANS, *Grondslagen*, 459 en P. COLLE, *Algemene beginselen*, 202-206.

197. Voorstanders werpen ook de contractvrijheid op, als zijnde een belangrijk argument pro.⁶¹⁸ Nochtans is reeds aangetoond dat deze kan beperkt worden in het licht van de openbare orde (cf. *supra*, nrs. 186 en 189).

198. In het Amerikaanse recht wordt ook verdedigd dat de verzekeraarbaarheid kan leiden tot een hogere *punitive damage*, opgelegd door een jury.⁶¹⁹ In België, waar het burgerlijk procesrecht geen jurystelsel kent, is het zo dat de professionele rechter géén rekening houdt met het al dan niet verzekerd zijn van de schadeverwekker. De regel van het objectief herstel verbiedt hem dit.⁶²⁰ Deze stelling kan worden doorgetrokken naar *punitive damages*, wat weliswaar een uitzondering uitmaakt op deze regel van objectief herstel. Deze *punitive damages* worden begroot aan de hand van bepaalde factoren, allen geconcentreerd op de schadelijder, de onrechtmatige daad en de schadeverwekker en diens gedrag (cf. *supra*, nr. 172). Verzekeraarbaarheid ‘past niet in het plaatje’ van factoren waarmee rekening wordt gehouden. Daarenboven houdt de rechter er hoe dan ook geen rekening mee wanneer verzekeraarbaarheid wettelijk is uitgesloten. Dit argument is dus alweer een slag in het water.

199. Daarnaast kan ook gesteld worden dat *punitive damages* geldig verzekerd kunnen worden wanneer de enige doelstelling van *punitive damages* is te voorkomen dat de schadeverwekker vrij van veroordeling blijft. Hiermee wordt bedoeld dat de schadeclaim sneller zal worden uitbetaald, zonder dat een rechter zich over deze kwestie moet buigen. Enkel dit als doelstelling zou de verzekeraarbaarheid niet tegengaan.⁶²¹ Doordat er echter ook straffende en ontradende doelstellingen aan *punitive damages* verbonden zijn, wordt de ‘*moral hazard*’ erkend en kan verzekeraarbaarheid worden afgewezen.

200. Voor het overige kunnen voorstanders zich steunen op art. 1236 BW, dat toestaat dat een derde andermans schuld betaalt.⁶²² Moderne rechtsleer acht deze bepaling echter irrelevant, aangezien dit niet de essentie van de zaak raakt. Deze bepaling is ook nooit opgeworpen in het debat omtrent de verzekeraarbaarheid van strafrechtelijke boetes. De goodwill van een bepaalde derde is immers niet bepalend om de wetgever in een bepaalde richting te sturen.⁶²³

§3. Besluit

201. Uit de afweging van de voor- en de nadelen van de verzekeraarbaarheid van de (hypothetisch ingevoerde) *punitive damages*, kan men het besluit trekken dat de balans vooral ‘contra’ uitdraait.⁶²⁴ Vooral het persoonlijk karakter, verbonden aan het repressief gehalte van de burgerlijke straf, en de ondergraving

⁶¹⁸ I. EBERT, *l.c.* in *Punitive Damages*, (213) 214.

⁶¹⁹ J. HERSCH en K. VISCUSI, *l.c.*, <http://www.law.harvard.edu>, 24-25.

⁶²⁰ Zie nochtans kritisch: R. VAN DEN BERGH en M. FAURE, *l.c.* in *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, (9) 39-42.

⁶²¹ A.M. POLINSKY en S. SHAVELL, *l.c.* in *Encyclopedia of Law and Economics*, (764) 777-778.

⁶²² Schadelijders hechten er echter veel belang aan dat de schadeverwekker deze boetedoening zelf op zich neemt: M.A.B. CHAO-DUIVIS, *l.c.*, *NJB* 1990, afl. 14, (513) 513; T. HARTLIEF, *l.c.* in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, (807) 822-823 en T. HARTLIEF, *Anno 2010*, 25.

⁶²³ E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 427.

⁶²⁴ Dit in tegenstelling tot voornamelijk rechtsleer: G.L. PRIEST, *l.c.*, *Alabama Law Review* 1988-89, (1009) 1032-1035 en E. NORDIN en D. WUYTS, *l.c.* in *The Power*, (415) 430-431. Zij gebruiken dezelfde argumenten doch komen tot een ander besluit, voornamelijk omdat zij de kwalificatie van art. 6 EVRM onzeker vinden. Consistentie en voorzichtigheid dwingen er mij echter toe dit te besluiten als deze kwalificatie mogelijks ook wordt opgelegd in het licht van het legaliteitsbeginsel en de andere waarborgen in de zin van artt. 6 EVRM en 14 BUPO. Daarenboven wordt het persoonlijk karakter gekoppeld aan de burgerlijke straf *an sich*, los van art. 6 EVRM. Stellen dat de verzekeraarbaarheid enkel zou worden afgewezen bij hoge bedragen, opgelegd in de vorm van *punitive damages*, zou niet haalbaar zijn. Dit doet bovendien geen afbreuk aan het ondergraven van de doelstellingen of aan het karakter van opzet. Zie mede in de zin van afwijzing van verzekeraarbaarheid: M.A.B. CHAO-DUIVIS, *l.c.*, *NJB* 1990, afl. 14, (513) 519-520.

van de belangrijke doelstellingen van *punitive damages* doen hiertoe besluiten. De repressieve doelstelling van de burgerlijke straf, zelfs los van de invulling van het begrip ‘straf’ in art. 6 EVRM (cf. *supra*, nr. 123), is dus doorslaggevend. Ook het verbod van verzekering van opzet is van uiterst groot belang. Ondergeschikt en indirect is ook het indemnitair beginsel belangrijk. De argumenten vóór de verzekerbaarheid kunnen daarenboven steeds worden weerlegd. Het is wenselijk de uitsluiting van verzekerbaarheid expliciet in de wettelijke bepaling op te nemen, zoals ook het geval is bij de wetsvoorstellen in Frankrijk (cf. *infra*, nr. 206).

Afdeling 4. Tot slot: een korte blik op de buurlanden

202. Om te kijken of de Belgische vrees jegens de invoering van *punitive damages* gegrond is, is het wenselijk om, naast Nederland dat de discussie in België grotendeels op gang heeft getrokken, ook een blik te werpen op onze twee andere buurlanden, nl. Frankrijk en Duitsland. Het is belangrijk de visie hierop van deze twee vooraanstaande Continentaal-Europese landen te signaleren. Deze zullen hierna echter slechts kort besproken worden, maar kunnen een fundamentele ondersteunende rol spelen ter ondersteuning van de invoering van *punitive damages* naar Belgisch recht.

§ 1. Frankrijk

203. Frankrijk is het moederland van het Belgische recht, met dank aan Napoléon. Daarom is het van belang te kijken hoe het Belgische recht ontwikkelt ten opzichte van het Franse recht. De artikelen inzake buitencontractuele aansprakelijkheid zijn immers op dezelfde wijze ingeschreven in het Belgische Burgerlijk Wetboek als in de Franse *Code Civil*. Ondanks de gelijkenissen, is het traditioneel conservatieve Franse recht op het gebied van *punitive damages* vooruitstrevend, zeker vergeleken met de Belgische terughoudendheid.

204. In Frankrijk erkent men immers in andere landen opgelegde *punitive damages*, in het kader van het internationaal privaatrecht.⁶²⁵ Sinds 2007 wordt voor de erkenning van Amerikaanse vonnissen een drievoudige toets vooropgesteld, m.n. 1) de bevoegdheid van het Amerikaans hof was gesteund op een link tussen het geschil en de jurisdictie, 2) verzoenbaarheid met Franse substantiële en procedurele openbare orde en 3) geen schending van de wet.⁶²⁶ Inzake *punitive damages* is een recent arrest van het Hof van Cassatie van uiterst groot belang. Het Hof oordeelde immers dat een *punitive damage* van \$1.460.000, uitgesproken in Amerika, bovenop een schadevergoeding van \$1.800.000, kennelijk onevenredig⁶²⁷ was en weigerde dus de exequaturprocedure. Het Hof van Cassatie beklemtoonde wel dat het initieel opleggen van *punitive damages op zich niet* tegen de openbare orde was, zoals ook in Nederland wordt geoordeeld⁶²⁸, doch wél wanneer deze

⁶²⁵ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 30. Wanneer de beslissing uit een lidstaat komt, moet men zich beroepen op Verordening nr. 44/2001 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken ('Brussel I'), *Pb.L.* 16 januari 2001, 12, 1-23, zoals gewijzigd door *Pb.L.* 24 november 2001, 307, 28-28 of ondergeschikt op Verordening nr. 805/2004 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *Pb.L.* 30 april 2004, 143, 15-39. Ook hier is Engeland en Ierland partij bij (opt-in: ov. 20 Brussel I en 24 EET en art. 1(3) Brussel I en art. 2(3) EET). Art. 34 (1) betreft een openbare-orde-exceptie (zie hierover theoretisch: M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 249-251 en M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 324-325). De geplande wijziging, nl. Vo. Nr. 1215/2012 12 december 2010 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 20 december 2012, 351/1, die in werking treedt in 2015, verandert hieraan niets (art. 45(1)). Wanneer het geen lidstaat betreft, moeten de bilaterale verdragen gecontroleerd worden of het nationale internationaal privaatrecht: M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 245 en M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 323. In de welbekende *Fontaine Pajot-zaak* (cf. *infra*, voetnoot 630) sprak het Franse Hof van Cassatie van "les articles 3 et 15 du code civil, 509 du code de procédure civile et les principes régissant la procédure d'exequatur".

⁶²⁶ Cass. (1^e kamer) 20 februari 2007, www.lexisnexis.fr, aangehaald in E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 236.

⁶²⁷ Dit werd mede ingegeven door het reeds zeer hoge bedrag aan schadevergoeding.

⁶²⁸ Cf. *supra*, voetnoot 197: Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam nr. 513810/KG ZA 12-417 15 juni 2012, *NIPR* 2012, afl. 3, 457.

zo kennelijk onevenredig is⁶²⁹, vergeleken met de geleden schade.⁶³⁰ Franse rechtsleer poneerde reeds eerder dat *punitive damages* niet strijdig met de openbare orde waren.⁶³¹ Hieruit kan worden afgeleid dat de regel van de integrale schadevergoeding dus niet als openbare orde ervaren wordt.⁶³² Het gevolg hiervan is dat dezelfde redenering kan worden doorgetrokken voor Engelse vonnissen.⁶³³ Doordat ‘gematigdheid’ een kernbegrip zou zijn bij de invoering naar Belgisch recht, is er dus geen probleem.

Op de vraag of men Amerikaans of Engels recht zou toepassen als *punitive damages* gevorderd worden, biedt de Rome II-Verordening het antwoord.⁶³⁴ Deze Verordening heeft immers universele werking (art. 3). Art. 15(c) duidt dat het toepasselijk recht onder meer het bestaan, de aard en de begroting van de schade of het gevorderde regelt, waarmee het impliciet te kennen geeft dat er andere dan compensatoire doeleinden gerechtvaardigd kunnen zijn. ‘Integrale schadevergoeding’ wordt dus niet vermoed.⁶³⁵ Deze Verordening kent echter ook een openbare-orde-exceptie in art. 26.⁶³⁶ De voorafgaande overweging 32 vernoemt expliciet *punitive damages* als potentiële invulling van deze exceptie.⁶³⁷ Deze overweging is echter niet bindend en heeft in de praktijk weinig nut.⁶³⁸ Bovendien neemt men aan dat deze exceptie enkel kan worden ingeroepen als de gevorderde bedragen excessief zijn.⁶³⁹ Niets wijst er dus op dat het Engelse recht niet zou kunnen worden toegepast. Bij Amerikaans recht blijft een eenduidig antwoord achterwege, aangezien de pluraliteit van recht, ondanks het *Supreme Court*, niet kan garanderen dat er geen excessiviteit tot stand zou komen.⁶⁴⁰

205. Het Franse interne recht is traditioneel zeer gelijkaardig aan het Belgische recht. De vergoedende functie wordt vooropgesteld als de belangrijkste. Dit houdt in dat ook hier de regel van de integrale schadevergoeding van de concrete schade geldt⁶⁴¹, gecombineerd met de regel van het objectief herstel,

⁶²⁹ M.R. ISIDRO, “Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen From Abroad?” in *The Power*, (311) 322 en 327.

⁶³⁰ Cass. 1 december 2010, www.legifrance.gouv.fr, nr. 09-13303, ‘*Fontaine Pajot-zaak*’: V. WESTER-OUISSÉ, “La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs!”, *RCA* 2011, afl. 3, étude 5, raadpleegbaar via www.lexisnexis.fr; C. NAGY, *l.c.*, *NIPR* 2012, afl. 1, (4) 9; C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 261 en E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 237-238.

⁶³¹ Baanbrekende visie: P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 27, nr. 45-1.

⁶³² M.R. ISIDRO, “Punitive Damages From a Private International Law Perspective” in *Punitive Damages*, (237) 249.

⁶³³ P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 27, nr. 45-1.

⁶³⁴ Ov. 39 en art. 1 (4) [Engeland neemt deel] Verordening nr. 864/2007 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (‘Rome II’), *Pb.L.* 31 juli 2007, 199, 49-90. Art. 1 lid 2 (g) sluit echter schendingen van de persoonlijke levenssfeer en persoonlijkheidsrechten uit van het toepassingsgebied van de Verordening, zodat ook *punitive damages*, hiervoor toegekend, niet onder deze Verordening vallen. Vervolgens zou dit onder het nationaalrechtelijk internationaal privaatrecht vallen, zoals in België onder Wet 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* 27 juli 2004 (WIPR) (art. 98§4 *iuncto* art. 99§2 WIPR). Ook hier geldt een openbare-orde-exceptie (art. 21 WIPR). Eenzelfde invulling van ‘openbare orde’ als in Rome II is vereist om de rechtszekerheid te dienen. Er kan dus wel naar de invulling van Rome II gekeken worden. Zie contra: voetnoot 750.

⁶³⁵ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 315 en 317.

⁶³⁶ “Art. 26 Openbare orde van het land van de rechter”

De toepassing van een bepaling van het door deze verordening aangewezen recht kan slechts terzijde worden gesteld, indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.”

⁶³⁷ Ov. 32: “Om redenen van algemeen belang is het gerechtvaardigd dat de rechters van de lidstaten zich in uitzonderlijke omstandigheden kunnen beroepen op rechtsfiguren zoals de exceptie van openbare orde en op bepalingen van bijzonder dwingend recht. Met name kan de toepassing van een bepaling van het door deze verordening aangewezen recht, die zou leiden tot de toekenning van bovenmatige niet compensatoire of punitieve schadevergoeding, afhankelijk van de omstandigheden van de zaak en de rechtsorde van de lidstaat van de rechter, worden beschouwd als zijnde in strijd met de openbare orde van het land van de rechter”.

Over de draft-geschiedenis: M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 253-254; B.A. KOCH, “Punitive Damages in European Law” in *Punitive Damages*, (197) 197-199 en C. VANLEENHOVE, *l.c.* in *The Power*, (337) 338-340.

⁶³⁸ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 319 en C. NAGY, *l.c.*, *NIPR* 2012, afl. 1, (4) 10.

⁶³⁹ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 254 en M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 319-322. Dit wordt afgeleid uit overweging 32, die spreekt van “bovenmatige niet compensatoire of punitieve schadevergoeding”. Zie hierover ook M. TRAESE, “Het recht van toepassing op niet contractuele verbintenissen” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, II.D.7. Belgische rechtsleer stelt dat *punitive damages* naar Belgisch recht géén geldig verweer zijn: R. JAFFERALI, “Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *RGAR* 2008, nr. 14399, nr. 47.

⁶⁴⁰ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 252.

⁶⁴¹ Cass. 11 april 2012, *RGAR* 2012, afl. 8, nr. 14904 ; Cass. 8 juli 2004, *Bull.civ.* II, 393 en Cass. 23 januari 2003, *Bull.civ.* II, §20.

waarbij geen rekening wordt gehouden met de zwaarte van de fout. Deze ‘*réparation intégrale*’ wordt uitgedrukt in de spreuk: “*ni perte, ni profit pour la victime*”.⁶⁴²

Nochtans is men het er over eens dat, net als in België, repressieve en punitieve elementen zijn terug te vinden in het aansprakelijkheidsrecht.⁶⁴³ Zo zijn in het contractenrecht strafbedingen ingeschreven en kent men een dwangsom.⁶⁴⁴ Bij intellectuele eigendom kent men het concept van winstafdracht, waarin een strafelement wordt gelezen.⁶⁴⁵ Daarnaast zijn er echte private boetes terug te vinden, zij het dan voor een zeer laag bedrag – het concept is echter wel aanvaard.⁶⁴⁶ Op handelsvlak legt art. 442.-6-III *Code de commerce* een hoge privaatrechtelijke boete op in een B2B-relatie.⁶⁴⁷

Ook verdoken zijn toepassingen te vinden van private straffen.⁶⁴⁸ Een sterke tendens is waar te nemen inzake persoonlijkheidsrechten. De rechters ramen de schadevergoeding steeds hoger.⁶⁴⁹ Enerzijds wordt geargumenteed dat dit zijn oorsprong vindt in het grotere belang dat aan deze rechten wordt toegekend, anderzijds wordt een idee van bestraffing en ontrading opgeworpen.⁶⁵⁰ De soevereine beoordeling van de rechter over de begroting van de extrapatrimoniale schadevergoedingen leent er zich dus toe dat rekening wordt gehouden met o.a. de zwaarte van de fout en het lucratieve karakter, maar net omwille dit discretionair karakter is het moeilijk dit daadwerkelijk aan te tonen.⁶⁵¹ Dit is dus ook het geval in België (cf. *supra*, nr. 108). Een ander domein waarin men sterk gelooft dat rechters *de facto punitive damages* opleggen, is dit van de oneerlijke concurrentie.⁶⁵² Het verdoken karakter zorgt wel voor beperkte en lage *punitive damages*.⁶⁵³

206. Frankrijk gaat echter verder dan het Belgische recht. Er werden immers reeds drie wetsvoorstellen ingediend ter invoering van *punitive damages*. Allen hebben een gemeenschappelijke grondslag, nl. de consensus onder de opstellers over de invoering van *punitive damages* in het Franse aansprakelijkheidsrecht.⁶⁵⁴ Wel blijft het uitgangspunt steeds de integrale schadevergoeding⁶⁵⁵, waarop de *punitive damages* een uitzondering vormen. De wetsontwerpen komen niet zomaar uit de lucht gevallen, doch zijn het gevolg van een evolutie van rechtspraak en rechtsleer.⁶⁵⁶ Deze discussie kan dienen ter ondersteuning van de invoering van *punitive damages* naar Belgisch recht, zoals hoger besproken. Zoals zal blijken, komen de voorgestelde voorwaarden van inpasbaarheid reeds in grote mate tegemoet aan de kritiek in Frankrijk.

⁶⁴² P. LE TOURNEAU en L. CADIET, *Droit de la Responsabilité*, Parijs, Dalloz, 1996, 2523; P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 286, nr. 750 en 722-724, nrs. 2523-2525; J.-S. BORGHETTI, “Punitive Damages in France” in *Punitive Damages*, (55) 55 en C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 262.

⁶⁴³ P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 26-27, nr. 45 en C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 261-262.

⁶⁴⁴ J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 57-58. Zie over deze dwangsom ook: R.A. BRAND, *l.c.*, *NILR* 1996, (143) 172.

⁶⁴⁵ Art. L. 331-1-3 en L. 331-1-4 Code de la propriété intellectuelle, zoals vermeld in J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 58-60.

⁶⁴⁶ Bijvoorbeeld: art. 395, 412 en 413 C.c. inzake voogdij over een wees en art. 581C.c. inzake rechtsmisbruik om een vordering in te stellen: J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 60-61.

⁶⁴⁷ Het Hof van Cassatie acht dit niet strijdig met art. 6.1 EVRM: Cass. 8 juli 2008, D. 200.2067: J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 61-62.

⁶⁴⁸ Zie kernachtig: H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 284.

⁶⁴⁹ P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 486-499, nrs. 1617-1639 en J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 64-65.

⁶⁵⁰ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 821.

⁶⁵¹ P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2008, 27-29, nrs. 47 en 48-1 en J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 62-64.

⁶⁵² J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 65-66.

⁶⁵³ J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 67.

⁶⁵⁴ Er blijft echter wel discussie bestaan over de wenselijkheid in het algemeen: J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 68-69.

⁶⁵⁵ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* *The Power*, (261) 266-267.

⁶⁵⁶ O.a. P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 27-29, nrs. 47 en 48-1. Zie hierover: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 264.

Het begon bij artt. 1370-1371 van het ‘*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code Civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)*’⁶⁵⁷ (september 2005 – Catala-voorstel)⁶⁵⁸. Art. 1370⁶⁵⁹ expliciteerde dat een schadevergoeding de schadelijder in die positie moet plaatsen waarin hij zich zou hebben bevonden als het schadeverwekkend feit zich niet zou hebben voorgedaan en geen voor- of nadeel mag zijn voor de schadelijder, tenzij een wettelijke bepaling hiervan afwijkt. Art. 1371⁶⁶⁰ voerde meteen een *algemene*⁶⁶¹ uitzondering in, nl. een punitieve schadevergoeding die kan worden opgelegd wanneer de schadeverwekker een kennelijk opzettelijke fout, meer bepaald – dus niet exclusief⁶⁶² – een lucratieve fout heeft begaan. De rechter kan deze vergoeding deels laten toekomen aan de schatkist.⁶⁶³ Hij moet de toekenning van deze *punitive damage* wel bijzonder motiveren en het bedrag uitdrukkelijk onderscheiden van de compensatoire schadevergoeding.⁶⁶⁴ Verzekerbaarheid is uitgesloten. Een parallel met het Engelse recht kan worden getrokken.⁶⁶⁵ Nadeel aan deze bepaling is dat de begrippen ‘kennelijk opzettelijke fout’ en ‘lucratieve fout’ niet gedefinieerd worden, noch voortspruiten uit rechtspraak.⁶⁶⁶ Critici⁶⁶⁷ vreesden dan ook dat, omwille van het vage toepassingsgebied, inconsistenties en willekeur zou ontstaan. Daarenboven is het bewijs van de intentie van de schadeverwekker een harde noot om te kraken, waardoor het ontradend effect zou verminderen. Dit kan nog worden versterkt doordat, bij een lucratieve fout, het causaal verband tussen de fout en het lucratieve karakter moet bewezen worden. Daar bij de andere categorie zowel kennelijkheid als opzet moet bewezen worden, wordt het toepassingsgebied sterk beperkt. Uit dit alles blijkt dus wel dat het idee er was, maar de uitwerking te wensen overliet.⁶⁶⁸ Fundamenteler is de kritiek dat er dadergeoriënteerde elementen in acht worden genomen bij de begroting van de schadevergoeding, waardoor het aansprakelijkheidsrecht naar het strafrecht begint te neigen.⁶⁶⁹ Dit hoeft nochtans naar Belgisch recht niet problematisch te zijn (cf. *supra*, nr. 103).

Na dit voorstel werden echter nog twee voorstellen gedaan in die zin, nl. ‘*Proposition de loi §657 portant réforme de la responsabilité civile*’⁶⁷⁰ (juli 2010 – Béteille-voorstel⁶⁷¹) en ‘*Pour un réforme de la responsabilité civile*’⁶⁷² (maart 2011 – Terré-voorstel)⁶⁷³.

⁶⁵⁷ Te raadplegen op: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

⁶⁵⁸ C. CAUFFMAN, *l.c.*, TPR 2007, afl. 2, (799) 799 en 835-836 en J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 69-71.

⁶⁵⁹ “*Sous réserve de dispositions ou de conventions contraires, l’allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu’il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n’avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit*”.

⁶⁶⁰ “*L’auteur d’une faute manifestement délibérée, et notamment d’une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d’octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.*”

⁶⁶¹ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 268.

⁶⁶² De klemtoon ligt op ‘particulary’: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 268.

⁶⁶³ Dit wordt kritisch onthaald door het Franse Hof van Cassatie, aangezien de scheidingslijn tussen burgerlijk en strafrecht te sterk zou vervagen. Het Hof stelt dan ook de toekenning aan een fonds voor: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 276. Dit is in navolging van belangrijke rechtsleer: P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 27-29, nrs. 45 en 48-1.

⁶⁶⁴ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 272-273.

⁶⁶⁵ H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 288.

⁶⁶⁶ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 268.

⁶⁶⁷ De tegenargumenten worden besproken in C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 269.

⁶⁶⁸ J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 71-73.

⁶⁶⁹ J.-S. BORGHETTI, *l.c.* in *Punitive Damages*, (55) 71.

⁶⁷⁰ Te raadplegen op: <http://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>.

⁶⁷¹ Dit is ontleend aan de naam van de indiener van het voorstel: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 262.

⁶⁷² F. TERRÉ, *Pour un réforme de la responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 2011, te raadplegen op http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_proposition_texte_responsabilite_civile_20111018.pdf.

⁶⁷³ C.B.P. MAHÉ *l.c.* in *The Power*, (261) 261.

De bepaling van belang voor dit onderzoek in het Bétaille-voorstel is art. 1386-25⁶⁷⁴. Art. 1386-24⁶⁷⁵ voert eerst de regel van de integrale schadevergoeding in, net zoals we ook merkten bij art. 1370 Catala-voorstel. Alweer vormt de specifieke bepaling een uitzondering op deze regel. Het Bétaille-voorstel wil echter tegemoet komen aan de kritieken op het Catala-voorstel. Het verschilt er dan ook in die zin van dat het toepassingsgebied specifiek omschreven is en er een maximumgrens wordt gesteld aan het punitief toe te kennen bedrag. Zo is vereist dat 1) een specifieke wetsbepaling art. 1386-25 toepasselijk verklaart – waardoor het sectorspecifiek wordt⁶⁷⁶, 2) de schade voortvloeit uit een vrijwillige onrechtmatige daad of een vrijwillige contractbreuk, 3) een compensatoire schadevergoeding kan worden toegekend, en 4) dit gedrag leidt tot verrijking van de schadeverwekker. De rechter moet de toekenning hiervan bijzonder motiveren. Bovendien wordt een maximumbedrag opgelegd, m.n. het dubbele van de compensatoire schadevergoeding. Kritiek hierop is dat de bepaling werd opgesteld met het oog op ontrading en bestraffing, waardoor het voorstel als gevolg van het schadeverwekkend gedrag als maatstaf zou moeten worden genomen.⁶⁷⁷ Dit komt echter te veel in de buurt van winstafdracht en heeft een te eng perspectief als gevolg. Door deze strenge specificering, tracht men tegemoet te komen aan de fundamentele kritiek. Doordat er geen algemene bepaling is, zou het onderscheid tussen burgerlijk recht en strafrecht minder ondergraven worden. Er wordt dus een raamwerk uiteengezet voor verder wetgevend handelen. Het repressieve karakter wordt echter van bij aanvang erkend.⁶⁷⁸ Voordeel voor de schadelijder is wel dat de bedoeling van de schadeverwekker om winst te verwezenlijken niet bewezen moet worden: de handelingen op zich volstaan.⁶⁷⁹

In het meest recente voorstel, nl. het Terré-voorstel, bepaalt art. 49⁶⁸⁰ vooreerst, alweer, het uitgangspunt van de integrale schadevergoeding. De afdracht van de winst wordt echter, in het kader van een lucratieve fout, een passende integrale schadevergoeding geacht (art. 54).⁶⁸¹ Het gaat dus niet meer om een punitieve schadevergoeding, maar om de specificering van de integrale schadevergoeding, als een ‘*restitutionary damage*’.⁶⁸² De focus wordt dus verlegd. Art. 69⁶⁸³ is echter wel punitief gericht⁶⁸⁴, maar omdat lucratieve fouten reeds van onder dit toepassingsgebied zijn gehaald op grond van art. 54, verschuift de klemtoon naar de opzettelijke schending van iemand morele integriteit. Dit bevat o.a. waardigheid, eer, reputatie en

⁶⁷⁴ “*Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires*”.

⁶⁷⁵ “*L'allocation de dommages et intérêts a pour objet de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, de sorte qu'il n'en résulte pour elle ni perte ni profit.*”

Elle est prononcée par le juge, à la demande de la victime ou lorsque la réparation en nature du dommage est impossible.”

⁶⁷⁶ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 269.

⁶⁷⁷ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 274.

⁶⁷⁸ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 270.

⁶⁷⁹ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 270-271.

⁶⁸⁰ “*La victime d'un dommage peut en général demander réparation de son entier préjudice, selon les règles et sous les distinctions énoncées ci-après. La réparation tend à placer le demandeur dans la situation où il se trouverait si le dommage ne lui avait pas été causé; il ne peut en principe en résulter pour lui ni perte ni profit.*”

⁶⁸¹ “*Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité*”.

⁶⁸² C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 271.

⁶⁸³ “*Sauf disposition particulière, la forme et le montant de la réparation peuvent n'avoir qu'une portée symbolique.*”

Lorsque le dommage est causé par une faute intentionnelle, le juge peut condamner l'auteur de celle-ci, par une décision spécialement motivée, à une réparation exemplaire.”

⁶⁸⁴ Men spreekt van ‘*exemplaire*’, wat op compensatie schijnt te wijzen. De opstellers maakten echter duidelijk dat het wel de bedoeling was een mechanisme als *punitive damages* in te voeren, zo blijkt: C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 267.

privacy.⁶⁸⁵ De ernst van het schadeverwekkend gedrag, met name de opzettelijke aard, gecombineerd met een specifieke schending, worden in rekening gebracht bij de begroting van de schadevergoeding.⁶⁸⁶ Voor het overige worden er geen aanknopingspunten gegeven aan de rechters, zij het dan dat de vergoeding niet symbolisch mag zijn. Zowel wanneer toe te kennen, de basis voor de berekening als het bedrag op zich is volledig aan de discretionaire bevoegdheid van de rechters overgelaten, wat – terecht – met kritiek onthaald wordt.⁶⁸⁷ De opstellers van het Terré-voorstel willen zo de tendens in de rechtspraak codificeren en verduidelijken dat de schending van de persoonlijke integriteit buiten het principe van integrale schadevergoeding valt.⁶⁸⁸

207. Of *punitive damages* nu daadwerkelijk zullen worden ingevoerd in het Franse aansprakelijkheidsrecht, is vandaag de dag onzeker. De winstafdracht voor lucratieve fouten, zoals vooropgesteld in het Terré-voorstel, zou het enthousiasme kunnen luwen, omdat dit beter past in de visie van de integrale schadevergoeding.⁶⁸⁹ Toch kan dit als ontoereikend worden beschouwd: er wordt immers enkel rekening gehouden met de winst, terwijl bij *punitive damages* met veel meer rekening wordt gehouden. De preventieve, ontradende en bestraffende functies worden zo tevens ondergraven, doordat de schadeverwekker enkel het verwezenlijkt voordeel verliest en niets meer dan dat. Berekend gedrag zal dus blijven bestaan. Toch illustreren de drie wetsvoorstellen de levendigheid van het debat omtrent de al dan niet invoering van *punitive damages* in het Continentaal-Europese recht. Op dat vlak is dus te merken dat in Frankrijk dezelfde problemen rijzen, doch de oplossingen anders zijn; in Frankrijk denkt men vooruitstrevend, in België is men terughoudend en wacht men blijkbaar af tot de problematiek uit zichzelf verdwijnt.

§ 2. Duitsland

208. Naast Frankrijk en Nederland is het wenselijk ook naar Duitsland te kijken. Niet enkel is dit buurland een model inzake economie, ook in het recht is hun grondigheid een toonbeeld.

209. In Duitsland is de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht, net als in België, de voornaamste.⁶⁹⁰ De preventieve functie wordt slechts als een gunstig neveneffect beschouwd⁶⁹¹ en een straffende functie wordt als zodanig niet erkend⁶⁹², omwille van een mogelijke strijdigheid met de grondwet⁶⁹³. Dit kan ook geïllustreerd worden door het feit dat, bij het invoeren van het *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, de Duitse Padectisten zich nog radicaal verzetten tegen de opname van de Romeinse private straffen.⁶⁹⁴ De regel van de integrale schadevergoeding van de concrete schade, gecombineerd met het

⁶⁸⁵ Art. 68 bepaalt immers: “Toute personne peut obtenir réparation du préjudice résultant d’une atteinte à son intégrité morale, notamment à sa dignité, à son honneur, à sa réputation ou à sa vie privée. Ce droit est reconnu, en tant que de besoin, aux personnes morales lorsqu’elles sont victimes d’une faute grave.”

⁶⁸⁶ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 271.

⁶⁸⁷ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 274-275.

⁶⁸⁸ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 272.

⁶⁸⁹ C.B.P. MAHÉ, *l.c.* in *The Power*, (261) 278.

⁶⁹⁰ N. JANSEN en L. RADEMACHER, “Punitive Damages in Germany” in *Punitive Damages*, (75) 76.

⁶⁹¹ Men zegt dat §249 BGB niet louter compensatoir wordt aangewend in de rechtspraak, maar ook preventief en soms zelfs punitief: N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 77.

⁶⁹² U. MAGNUS, “Punitive Damages and German Law” in *The Power*, (245) 246-247.

⁶⁹³ Meer bepaald het legaliteitsbeginsel (art. 103(2)) en het ‘*non bis in idem*’-beginsel (art. 103(3)): N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 76.

⁶⁹⁴ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 854.

objectief herstel, is het gevolg van de strikte invulling van de vergoedende functie.⁶⁹⁵ Met de zwaarte van de fout van de schadeverwekker wordt dus in de regel geen rekening gehouden.⁶⁹⁶ Toch zijn er uitzonderingen op het principe van vergoeding van de *concrete* schade. Dit is het geval wanneer een exacte raming te moeilijk of te kostelijk is. Een schatting van het hof volstaat dan.⁶⁹⁷ Een abstracte raming kan ook in een beperkt aantal andere gevallen, zolang het vergoedend karakter niet geschonden wordt.⁶⁹⁸ Gelet op de globaal genomen strikte invulling van het vergoedend karakter, is er ook slechts een beperkte toekenning van schadevergoeding voor immaterieel leed, wat verschilt van de visie in het Belgische en Franse recht. Dit kan enkel wanneer een wettelijke bepaling ten grondslag ligt (§253(1) BGB).⁶⁹⁹ De voornaamste bepaling is §253(2) BGB, dat een passende vergoeding voor immateriële schade toekent in geval van lichamelijk letsel, schending van de persoonlijke vrijheid en schending van het seksueel zelfbeslissingsrecht.⁷⁰⁰

210. Omwille van de Duitse gestrengheid worden *punitive damages* over het algemeen afgewezen. Men heeft hiervoor gelijkaardige redenen als de Belgische tegenstanders.⁷⁰¹

De doelstellingen tussen het strikt gescheiden strafrecht en burgerlijk recht verschillen, alsook de rechtsbeginselen en methodes tussen beide rechtstakken. Het gaat hier dan over ‘*in dubio pro reo*’-beginsel, het vermoeden van onschuld en de verplichte vervolging door de staat, wat allen enkel bij strafrecht van toepassing is. Nochtans kan de ene rechtstak steeds de doelstellingen van de andere ondersteunen. De verschillen in procesvoering zijn daarenboven niet van die aard dat ze een fundamentele afwijzing van *punitive damages* rechtvaardigen.

Daarnaast is men van oordeel dat zowel het ‘*non bis in idem*’-beginsel als het proportionaliteitsbeginsel wordt geschonden. Het ongerechtvaardigd voordeel dat de schadelijder zou verwerven, stuit eveneens tegen de borst. *Punitive damages* zouden daarenboven zorgen voor discriminatie tussen de schadelijders en een te grote discretionaire bevoegdheid voor de rechtbanken. Tot slot zouden ook de verschillen in mentaliteit tussen Common Law en ‘Civil Law’ wat betreft de private rechtshandhaving een obstakel vormen.

211. De standvastigheid van het Duitse recht belet echter niet dat er afwijkingen kunnen worden teruggevonden van de strenge visie.

Er werden immers punitieve elementen ingeschreven in de Duitse wetgeving. Schadebedingen, dus privaatrechtelijke ‘boetes’, worden immers toegestaan naar Duits recht. Een matiging van disproportionele

⁶⁹⁵ Dit op grond van §§ 249(2), 250(1) en 251 BGB: R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, J. ECKERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, H. SCHULTE-NÖLKE en A. STAUDINGER, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, 219-220, 227-228 en 232 (hierna verkort: *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*) en N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 75.

⁶⁹⁶ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 247.

⁶⁹⁷ §287 Zivilprozessordnung (ZPO), aangehaald in U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 251.

⁶⁹⁸ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 251.

⁶⁹⁹ “Wegen eines Schandens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.”: R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, J. ECKERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, H. SCHULTE-NÖLKE en A. STAUDINGER, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*, 233.

⁷⁰⁰ “Ist wegen einer Verletzung des Körpers, des Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schades, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.”: R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, J. ECKERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, H. SCHULTE-NÖLKE en A. STAUDINGER, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*, 234-236; U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 247-248 en N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 77-80.

⁷⁰¹ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 248-251.

bedingen tot een redelijke vergoeding kan echter wel plaatsvinden⁷⁰² - wat dus sterk lijkt op het Belgische art. 1231 BW. Bij de schending van auteursrechten kan er daarenboven een dubbele vergoeding plaatsvinden⁷⁰³, zij het dan dat hier vnl. een vergoedend karakter aan gekoppeld wordt.⁷⁰⁴ Intellectuele eigendom kan, wanneer geschonden, op meerdere manieren worden begroot, volgens keuze van de schadelijder⁷⁰⁵: 1) eigen concrete schade berekenen en aantonen, 2) de winst die de schadeverwekker geboekt heeft opeisen, of 3) een normale licentievergoeding eisen. Het tweede en derde concept staan relatief ver af van de klassieke compensatoire schadevergoeding en vooral het tweede doet denken aan een straffend karakter.⁷⁰⁶ Ook bij schendingen van de ‘*anti-trust*’- of kartelwetgeving is men gerechtigd de volledige winst op te eisen, tenzij dit voordeel reeds verdwenen is als gevolg van schadevergoedingen en boetes.⁷⁰⁷

De rechtspraak gaat echter verder dan de wetgeving in de erkenning van andere functies dan de vergoedende. Inzake de vergoeding voor lichamelijk letsel, het ‘*Schmerzensgeld – pretium doloris*’, besliste het *Bundesgerichtshof* dat er niet enkel een vergoedende functie voorhanden was, doch ook een genoegdoeningsfunctie, ‘*Genugtuungsfunktion*’.⁷⁰⁸ Critici lezen in deze rechtspraak de invoering van punitieve elementen in het Duitse recht.⁷⁰⁹ Een parallel kan hier getrokken worden met de genoegdoeningsfunctie naar Nederlands recht en de kritieken die hierop gespuid werden (cf. *supra*, nrs. 62 en 70). Het valt in beide gevallen moeilijk te ontkennen dat *een* punitief element aanwezig is, zij het dan desnoods in beperkte mate. In het Duitse recht wordt dit immers getemperd door het hanteren van tabellen, zoals onze Indicatieve Tabel, waarbij een verplichte verzekering of objectieve aansprakelijkheid tot gevolg heeft dat het concrete gedrag van weinig belang is.⁷¹⁰

Een bijzonderheid valt op te merken bij de schending van persoonlijkheidsrechten. *Punitive damages* werden immers reeds toegestaan bij lucratieve fouten inzake de schending van persoonlijkheidsrechten⁷¹¹ door het Duitse *Bundesgerichtshof*.⁷¹² Paparazzi hadden foto’s genomen van prinses Caroline van Monaco. Een Duitse krant maakte hiervan dankbaar gebruik van en publiceerde de foto’s zonder toestemming bij interviews die nooit hadden plaatsgehad. Het Hof velde een streng oordeel. Het feit dat persoonlijkheidsrechten van een derde worden geschonden om winst te maken moest verrekend worden in de schadevergoeding die voelbaar moest zijn. Bovendien moest de schadevergoeding een gelijkwaardige tegenhanger zijn van de winst die werd beoogd en gemeten moest worden in het licht hiervan.⁷¹³ De vergoeding moest echter niet numeriek gelijk

⁷⁰² §§ 339-345 BGB, besproken in R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, J. ECKERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, H. SCHULTE-NÖLKE en A. STAUDINGER, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*, 441-446 en U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 252-253. Een gelijkaardige visie kan worden gevonden bij het toekennen van moratoire interesten (§288 BGB): N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 84.

⁷⁰³ N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 82-83.

⁷⁰⁴ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 254.

⁷⁰⁵ N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 81-82.

⁷⁰⁶ Op basis van: §97(1) Urheberrechtsgesetz, §139(2) Patentgesetz, §24(2) Gebrauchsmustergesetz en §§ 42(2) en 45 Geschmacksmustergesetz. Deze bepalingen werden besproken en becommentarieerd door U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 254-255.

⁷⁰⁷ §§ 33(3) en 34 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, besproken door U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 255.

⁷⁰⁸ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 18, 149 en BGHZ 128, 117, aangehaald in U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 252. Zie ook: R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, J. ECKERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, H. SCHULTE-NÖLKE en A. STAUDINGER, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*, 236-237 en N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 79-80.

⁷⁰⁹ Zie kernachtig: H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 286.

⁷¹⁰ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 252.

⁷¹¹ Deze werden door het *Bundesgerichtshof* onder het toepassingsgebied van de morele schadevergoeding gebracht: BGHZ 13, 338 en BGHZ 26, 349. Nader besproken in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 823-824 en U. MAGNUS *l.c.* in *The Power*, (245) 253.

⁷¹² BGH 15 november 1994, *AfP* 1995, 411 m.b.t. de schending van het privéleven van prinses Caroline van Monaco.

⁷¹³ R. VAN SCHAİK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 172; B. WEYTS, *l.c.*, *RW* 2005-06, afl. 42, (1641) 1645; C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 819 en N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 81.

zijn, maar moest wel de schadeverwekker raken.⁷¹⁴ De gedwongen commercialisering (*Zwangkommerzialisierung*) van de algemene persoonlijkheid van de schadelijder was van groot belang en vormde de basis van het ontradend effect, dat aan de vergoeding ten grondslag lag.⁷¹⁵ Het Hof stelde inderdaad *expliciet* dat de te betalen som hoog genoeg moest zijn om een ontrading en een belemmering of ‘afremming’, een ‘*echter Hemmungseffekt*’, te kunnen zijn voor de publicatie zonder toestemming en meedogenloze commercialisering van iemands persoonlijkheid.⁷¹⁶ Een beperking wordt wel gevonden in de persvrijheid: deze mag niet disproportioneel geschonden worden, door bijvoorbeeld het faillissement van de publicerende schadeverwekker teweeg te brengen.⁷¹⁷

Men kan dus stellen dat bij zulke buitensporige schending van persoonlijkheidsrechten, het Duitse recht *punitive damages* toestaat. Hoewel de bedragen relatief beperkt zijn⁷¹⁸, wordt er ontegensprekelijk en openlijk een preventief en afschrikwekkend effect nagestreefd.⁷¹⁹ Critici stellen echter enerzijds dat, door het nastreven van een preventief effect, de discretionaire bevoegdheid van de rechter wordt beperkt en gelinkt wordt met de concrete schade.⁷²⁰ Dit bezwaar kan niet worden aanvaard: het ontradend effect wordt immers gekoppeld aan de schadeverwekker en niet aan de schadelijder. Daarnaast stelt men dat er een stabiel evenwicht gevonden wordt tussen het slachtoffer- en het daderperspectief: het opleggen van financieel leed is geen doel op zich maar een middel om het doel van genoegdoening van het slachtoffer te bereiken.⁷²¹ Ook dit argument gaat echter voorbij aan de realiteit: genoegdoening is inderdaad *een* functie, maar de ontradende functie mag niet uit het oog worden verloren als doel *op zich*, wat ook het Hof expliciteerde. Tot slot wordt de preventie uitgelegd als passend in restitutie en vergoeding. De schadeverwekker zou er zagezegd van uitgaan dat hij de winsten niet zal behouden⁷²² – wat de waarheid onrecht aandoet. Inzake persoonlijkheidsrechten kan dus besloten worden dat de Duitse hoven *punitive damages* toestaan. Hierin gaat het Duitse recht terecht verder dan het Belgische. De Belgische rechtspraak wekt immers de schijn op dat het nog om een vergoedend karakter gaat en handelt volstrekt verdoken. Het Duitse recht kan dus zeker dienen ter staving van de invoering van *punitive damages* naar Belgisch recht.

Dit kan bovendien verder worden ondersteund door de invulling die specifieke wetgeving aan het discriminatiebeginsel geeft. Wanneer iemands persoonlijkheidsrechten geschonden zijn doordat hij niet wordt aangeworven voor een bepaalde arbeidspositie om discriminatoire redenen, wordt de potentiële werkgever *gestraft* voor zijn asociaal gedrag. Een normatieve functie kan dus voorzichtig gelezen worden.⁷²³

212. Naast nationaal intern recht is ook het internationaal privaatrecht van belang. Vooral Duitsland is hiervoor, zo blijkt in de praktijk, van belang. Er wordt door de rechtspraak een woelig parcours afgelegd.

⁷¹⁴ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 253.

⁷¹⁵ R. VAN SCHAİK, *l.c.*, *Mediaforum* 1999, afl. 6, (169) 172 en C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 836.

⁷¹⁶ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 253.

⁷¹⁷ BGH NJW 2005, 215 (218), zie hierover: U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 253.

⁷¹⁸ Dit vormt echter geen reden om te beweren dat er geen sprake kan zijn van *punitive damages*. Onderzoek wees immers uit dat ook in Engeland en zelfs in Amerika de bedragen relatief gematigd zijn.

⁷¹⁹ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 254.

⁷²⁰ U. MAGNUS, *l.c.* in *The Power*, (245) 254.

⁷²¹ C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 865.

⁷²² N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 81.

⁷²³ Op basis van §611a BGB en §15(1)1 en (2)1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 84-85.

In het licht van een betekenisbevel oordeelde de Duitse rechtspraak⁷²⁴ dat een *punitive damage*, opgelegd in Amerika⁷²⁵, een burgerlijke aangelegenheid betreft en geen strafrechtelijke, waardoor het onder het Verdrag van Den Haag⁷²⁶ viel.⁷²⁷ Recenter kwam de rechtspraak hier van terug⁷²⁸, doch dit is niet onbekritiseerd gebleven.⁷²⁹ Art. 13⁷³⁰ van dit Verdrag voorziet daarenboven in een exceptie, m.n. wanneer de soevereiniteit of de veiligheid van de staat in het gedrang zou komen. Duitsland voorziet in enkele voorbeelden⁷³¹ wat betreft afwijzing op grond van deze exceptie. Ook hierop zijn kritieken geformuleerd: er wordt immers geanticipeerd op de uitkomst van de betekening en de procedure. Men toetst dus op een foutief ogenblik: het betreft hier ‘slechts’ een betekening. Daarenboven worden aan de betekende ook belangrijke excepties ontzegd, zoals ‘*forum non conveniens*’.⁷³² Recenter heeft het *Bundesverfassungsgericht* terecht terug het geweer van schouder veranderd en de betekening als niet strijdig bevonden met de essentiële beginselen van de staat.⁷³³

Naast de betekening is er ook het aspect van erkenning en tenuitvoerlegging.^{734,735} In een arrest van het *Bundesgerichtshof* in 1992 werd geweigerd een rechterlijke uitspraak met een veroordeling tot *punitive damages* ten uitvoer te leggen wegens strijdigheid met het proportionaliteitsbeginsel en de constitutionele rechten, vnl. voortvloeiend uit de scheiding tussen privaatrecht en strafrecht, alsook de discriminatie tussen schuldeisers aangezien buitenlandse schuldeisers bevoordeeld zouden zijn.⁷³⁶ De substantiële, veeleer dan de procedurele, openbare orde was dus geschonden.⁷³⁷ Nochtans moet dit genuanceerd worden, aangezien het Hof een lager bedrag toekende; bij schending van de openbare orde zou het gewezen arrest geheel onontvankelijk en ongegrond worden verklaard – een echte schending bleek dus toch niet voorhanden?⁷³⁸

⁷²⁴ OLG München 15 juli 1992, *RIW* 1992, 70 en OLG Düsseldorf 19 februari 1992, *NJW* 1992, 3110. Zie ook M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 240-241.

⁷²⁵ Wanneer dit opgelegd zou worden binnen de E.U., zou men zich moeten beroepen op Verordening nr. 1393/2007 13 november 2007 van het Europees Parlement en de Raad inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad, *Pb. L.* 10 december 2007, 324, 79-120. Engeland en Ierland zijn eveneens lid bij deze Verordening (opt-in: ov. 28 en art. 1(3)). Dit verdrag bevat wel geen openbare-orde-exceptie en er is geen gekende rechtspraak van: M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 241-242 en 244-245 en M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 314-315.

⁷²⁶ Verdrag 15 november 1965 inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke zaken en handelszaken, *BS* 9 februari 1971.

⁷²⁷ Art. 1 (toepassingsgebied) stelt immers: “*Dit Verdrag is van toepassing in alle gevallen waarin in burgerlijke zaken (of in handelszaken) een gerechtelijk of buitengerechtelijk stuk ter betekening of kennisgeving naar het buitenland moet worden gezonden.*”

Het Verdrag is niet van toepassing, indien het adres van degene voor wie het stuk is bestemd, onbekend is.”

De kwalificatie van ‘burgerlijk’ wordt algemeen aanvaard: M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 312 en C. NAGY, *l.c.*, *NIPR* 2012, afl. 1, (4) 5.

⁷²⁸ OLG Koblenz 27 juni 2005, *IPRax* 2006, 25.

⁷²⁹ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 241.

⁷³⁰ “*De uitvoering van een aanvraag om betekening of kennisgeving overeenkomstig de bepalingen van dit Verdrag kan alleen worden geweigerd indien de aangezochte Staat oordeelt dat hierdoor inbreuk zou worden gemaakt op zijn soevereiniteit of veiligheid.*”

De uitvoering kan niet worden geweigerd op de enkele grond dat de wet van de aangezochte Staat ten aanzien van de zaak, waarop de aanvraag betrekking heeft, uitsluitende rechtsmacht voor die Staat opeist dan wel een rechtsvordering als waarop de aanvraag betrekking heeft, niet toekent. Van de weigering een aanvraag uit te voeren stelt de centrale Autoriteit de aanvrager, met vermelding van de redenen, onverwijld in kennis.”

⁷³¹ Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 7 december 1994 (afwijzing), BVerfG 7 december 1994 (geen afwijzing), BVerfG 25 juli 2003 (afwijzing), en OLG Koblenz 27 juni 2005, *IPRax* 2006, 25 (afwijzing). Zie hierover: M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 243.

⁷³² M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 314 en M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 243-244.

⁷³³ BVerfG 24 januari 2007, *IPRax* 2009, 249-250. Deze stelling werd later herhaald in BVerfG 14 juni 2007, *NJW* 3709-3711 en BVerfG 4 september 2008, *IPRax* 2009, 253-256. Zie hierover: M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 313-314.

⁷³⁴ Cf. *supra*, voetnoot 625.

⁷³⁵ Wanneer dit niet onder de Brussel I-Verordening valt: op grond van §328 (1) nr. 4 Zivilprozessordnung (ZPO), *Anerkennung ausländischer Urteile* “(1) Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen: (...)”

4. wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist (...)”.

⁷³⁶ BGH 4 juni 1992, BGHZ 118, 312. Nader besproken in R.A. BRAND, *l.c.*, *NILR* 1996, (143) 163-166; N. JANSEN en L. RADEMACHER, *l.c.* in *Punitive Damages*, (75) 76 en C. NAGY, *l.c.*, *NIPR* 2012, afl. 1, (4) 7-8. Ook aangehaald in C. CAUFFMAN, *l.c.*, *TPR* 2007, afl. 2, (799) 835 en H. KOZIOL, *l.c.* in *Punitive Damages*, (275) 276.

⁷³⁷ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 245-246 en M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 323-324. Zie over dit onderscheid: A. VERHEIJ, *l.c.*, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, (71) 75.

⁷³⁸ R.A. BRAND, *l.c.*, *NILR* 1996, (143) 165-166 en E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 238-239.

In Italië neemt men dan de visie van strijdigheid aan, in Spanje twijfelt men maar slaat men stilaan over naar erkenning⁷³⁹ en in Griekenland neemt men de *punitive damages*-gezinde visie aan, wat duidt op onenigheid in de lidstaten.⁷⁴⁰ Bij een conventionele exclusieve forumkeuze kan de rechtbank in de toekomst⁷⁴¹ de erkenning of tenuitvoerlegging weigeren op grond van artt. 9 (e)⁷⁴² *iuncto* 11⁷⁴³ Verdrag 30 juni 2005 inzake bedingen van forumkeuze, gedaan te 's-Gravenhage.⁷⁴⁴ Over erkenning en uitvoerbaarverklaring is dus geen zekerheid.

Tot slot is er ook het toepasselijk recht. Duitse rechtbanken zijn soms genoodzaakt Amerikaans of Engels recht toe te passen in de gedingen voor hun Hof. Normaliter zal dan de Rome II-Verordening gelden (cf. *supra*, nr. 204). Nochtans is dit toepassingsgebied niet onbepikt.⁷⁴⁵ Art. 40(3) EGBGB⁷⁴⁶ legt dan een speciale openbare-orde-exceptie op en bepaalt dat vorderingen die onderworpen zijn aan het recht van een andere staat niet kunnen afgedwongen worden voor zover ze wezenlijk verder gaan dan nodig om op adequate wijze de benadeelde te vergoeden of duidelijk andere doeleinden dienen dan een passende schadevergoeding voor de benadeelde.⁷⁴⁷ Nochtans lijkt dit inconsistent met de toepassingen van intern recht, waardoor men een bredere invulling geeft aan de bepaling: als er een preventieve functie aan gekoppeld is, wordt het buitenlands recht eveneens toegepast.⁷⁴⁸

213. Over het algemeen kan worden besloten dat, ondanks de terughoudendheid in het internationaal privaatrecht, het interne recht ruimte laat voor punitieve elementen en zelfs voor een vorm van *punitive damages* bij schending van persoonlijkheidsrechten, ter ontrading en preventie van dergelijk gedrag. De genoegdoeningsfunctie wordt daarenboven expliciet erkend. Dit verschilt dus van de op het eerste zicht strenge invulling van de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht. In Duitsland geldt dus eenzelfde problematiek als in België, doch de oplossing reikt verder dan de onze.

§ 3. Besluit

214. In al de ons omringende landen wordt meer en meer afstand gedaan van de grote vrees ten opzichte van *punitive damages*. Zoals hoger uiteen werd gezet, vervulden de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer een belangrijke rol in het aanzwengelen van het debat in België. Nochtans is ook het conservatieve moederland van ons recht, Frankrijk, vooruitstrevend op dit vlak. *Punitive damages* worden immers erkend in internationaal privaatrechtelijke kwesties en meer nog, er circuleren drie wetsvoorstellen ter invoering van

⁷³⁹ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 30-31.

⁷⁴⁰ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 247-249.

⁷⁴¹ Dit verdrag is nog niet in werking getreden: L. SAMYN en B. VOLDERS, *Belgisch Internationaal Privaatrecht – Communautaire, internationale en nationale instrumenten*, Antwerpen, Maklu, 2011, 360.

⁷⁴² “Erkenning of tenuitvoerlegging kan worden geweigerd indien: (e) erkenning of tenuitvoerlegging kennelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde van de aangezochte staat, in het bijzonder in situaties waarin de procedure die in het specifieke geval tot de beslissing heeft geleid, onverenigbaar was met de grondbeginselen van een eerlijk proces in die staat”.

⁷⁴³ “1. De erkenning of de tenuitvoerlegging van een beslissing kan worden geweigerd indien en voor zover in de beslissing schadevergoeding wordt toegekend, met inbegrip van schadevergoeding bij wijze van voorbeeld of bij wijze van sanctie, waarbij een partij niet schadeloos wordt gesteld voor het feitelijk geleden verlies of de feitelijk geleden schade.

2. Het aangezochte gerecht houdt rekening met de vraag of en in welke mate de door het gerecht van herkomst toegekende schadevergoeding dient ter dekking van de proceskosten.”.

⁷⁴⁴ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 325 en C. NAGY, *l.c.*, *NIPR* 2012, afl. 1, (4) 10.

⁷⁴⁵ Art. 1 lid 2 (g) sluit schendingen van de persoonlijke levenssfeer en persoonlijkheidsrechten uit, cf. *supra*, voetnoot 634.

⁷⁴⁶ Artikel 40 (3) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch: “Ansprüche, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, können nicht geltend gemacht werden, soweit sie (1) wesentlich weiter gehen als zur angemessenen Entschädigung des Verletzten erforderlich, (2) offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen oder (3) haftungrechtlichen Regelungen eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Übereinkommens widersprechen”.

⁷⁴⁷ R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, J. ECKERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, H. SCHULTE-NÖLKE en A. STAUDINGER, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*, 2297-2299 en M.R. ISIDRO, *l.c.* in *The Power*, (311) 316.

⁷⁴⁸ M.R. ISIDRO, *l.c.* in *Punitive Damages*, (237) 252.

punitive damages naar Frans recht. Het Duitse recht, solide en gematigd, kent, naast beperkte punitieve elementen in de wetgeving, een genoegdoeningsfunctie bij lichamelijk leed en zelfs de toekenning van *punitive damages* in geval van een schending van persoonlijkheidsrechten, met het oog op ontrading en preventie. De visies in beide landen kunnen worden aangegrepen ter ondersteuning van de invoering van *punitive damages* naar Belgisch recht. Doordat de voorwaarden van inpasbaarheid zo goed als mogelijk tegemoet komen aan de kritieken in de drie omringende landen en in eigen land, wordt bij voorbaat tegemoet gekomen aan voorname tegenstanders.

215. Ook op het gebied van internationaal privaatrecht verliest de tegenstand stilaan zijn voedingsbodem.⁷⁴⁹ Hoewel Duitsland eerder halsstarrig vasthoudt aan de tegenstand tegen in het buitenland opgelegde *punitive damages*, erkennen Nederland en Frankrijk een veroordeling tot *punitive damages*. Ook hier komt dus meer ruimte voor de invoering van *punitive damages*. De erkenning van *punitive damages* is voor Belgische rechtbanken nog niet beslecht.⁷⁵⁰ Bij voorbaat een blik naar de andere Continentaal-Europese landen werpen, zou aldus wenselijk kunnen zijn.

216. De tendens die is waar te nemen, is dus eens te meer een aanduiding dat de vrees naar Belgisch recht (minstens ten dele) onterecht is.

HOOFDSTUK 5. BESLUIT

217. Uit voorgaand onderzoek blijkt dat de wenselijkheid van *punitive damages* moet bekeken worden in het licht van de huidige rechtshandhaving.

De publiekrechtelijke rechtshandhaving faalt, naar maatschappelijk aanvoelen, in haar doelstellingen. Zij is onvoldoende in staat om een afschrikwekkend effect te hebben en te bestraffen. Dit blijkt niet enkel uit het algemene beeld van het strafrecht, maar ook uit specifieke delen, nl. milieuhandhaving en de persmisdrijven. Het versterken van het strafrecht zou een mogelijke oplossing zijn, maar uit de teneur van de afgelopen jaren blijkt dat dit slechts een utopie is.

Een problematiek die dan weer opduikt in het burgerlijke recht, is de lucratieve fout. Ook de bedrieglijke fout is prangend. Naast het strafrecht faalt dus ook het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in zijn handhaving. Aan voormelde fouten kan immers niet voldoende geredieerd worden. Schadeverwekkers berekenen hierbij wat de potentiële winst is en vergelijken dit bedrag met de mogelijks te betalen schadevergoeding. Wanneer voor hen de balans positief uitdraait of niet slechter dan bij een rechtmatig alternatief, wagen zij de gok: door de lage veroordelingskans is de kans groot dat zij of *status quo* blijven of woekerwinsten boeken. Dit probleem stelt zich zowel bij schendingen van persoonlijkheidsrechten als bij commerciële domeinen als kartelrecht, intellectuele eigendom en tot slot mogelijks productaansprakelijkheid.

⁷⁴⁹ L. MEURKENS, *l.c.* in *The Power*, (3) 29-31.

⁷⁵⁰ Art. 25 Wet 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, BS 27 juli 2004 (WIPR) zou, naast Brussel I, een struikelblok kunnen zijn: “§1. Een buitenlandse rechterlijke beslissing wordt niet erkend of uitvoerbaar verklaard indien

1° het gevolg van de erkenning of van de uitvoerbaarverklaring kennelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde; bij de beoordeling van deze onverenigbaarheid wordt inzonderheid rekening gehouden met de mate waarin het geval met de Belgische rechtsorde is verbonden en met de ernst van de gevolgen die aldus worden veroorzaakt; 2° de rechten van de verdediging zijn geschonden (...)”. Zie hierover: E. DE KEZEL, *l.c.* in *The Power*, (213) 232-235 en 238-239. Zie van voor de WIPR: Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 15: afwijzing wegens schending rechten verdediging. Hieraan lagen echter meerdere elementen ten grondslag.

De handhaving over het algemeen wordt getekend door een enorme drempelvrees. De kosten zijn te hoog, de mogelijke tegemoetkomingen te laag, het kost veel tijd en moeite, ... kortom: het sop is de kool niet waard. Er is onvoldoende 'incentive' of stimulans om een vordering in te stellen.

De functies van het aansprakelijkheidsrecht worden daarenboven te eng ingevuld. De nadruk wordt voornamelijk, zo niet alleen, gelegd op de vergoedende functie met als neveneffect schadespreiding, terwijl het aansprakelijkheidsrecht veel meer in zijn mars heeft. Niet enkel is de preventieve functie van belang, maar ook de reglementerende, de emotionele, de ontradende en mogelijks zelfs de straffende, spelen een belangrijke rol. Vooral op handhaving en preventie moet worden ingezet, zo blijkt. Wanneer men echter de proef op de som neemt met een toets aan de lucratieve fout, blijkt dat zelfs de primaire doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht onvoldoende vervuld is.

Het aansprakelijkheidsrecht zou dus moeten evolueren in de richting van de uitbreiding van functies en de uitbreiding van het instrumentarium ter ondersteuning en ter handhaving van deze functies.

218. *Punitive damages* komen dan in het vizier als mogelijke oplossing voor voormelde problemen. Hierbij wordt een extra vergoeding, bovenop de compensatoire vergoeding, opgelegd. Zij kunnen de privaatrechtelijke handhaving versterken om de strafrechtelijke te ondersteunen, kunnen optreden tegen lucratieve en bedrieglijke fouten, werken drempelverlagend en kunnen de functies van het aansprakelijkheidsrecht versterken én uitbreiden. Hun eigen doelstellingen lopen hier immers mee gelijk, doch worden scherper afgetekend. Preventie, bestraffing en ontrading staan immers voorop. Vergoeding wordt slechts ten dele ingeroepen. Enkele randdoelstellingen, zoals rechtshandhaving, afkeuring, beloning en opvoeding, verdienen eveneens een vermelding.

219. Zij vinden hun oorsprong in het Angelsaksische recht. Hoewel er duidelijke verschillen zijn, zijn er ook gelijkenissen terug te vinden in de toepassing ervan in de twee voornaamste landen, nl. Engeland en Amerika. Uit beide landen wordt het beste gepuurd om een mogelijke invoering naar Belgisch recht te onderbouwen.

220. De tegenstand is echter groot: er blijkt een fundamentele afwijzing te zijn van private straffen, waarvan *punitive damages* een voorbeeld zijn. Toch kunnen alle argumenten die tegenstanders opwerpen, op zinvolle wijze weerlegd worden.

Het onderscheid tussen strafrecht en privaatrecht met een prerogatief van de overheid berust immers op een historische keuze. Het maatschappelijk aanvoelen is echter, zo blijkt, bereid een andere weg in te slaan. Dit is ook terug te vinden in de vele verdoken toepassingen van private straffen die wettelijk ingeschreven zijn in ons recht.

De regel van de integrale schadevergoeding en het objectief herstel is evenmin een standvastig bezwaar: rechters doen hieraan in de praktijk reeds op bedekte wijze afbreuk en de erkenning van *punitive damages* zou deze regel zelfs terug in ere kunnen herstellen.

De ongrondwettigheid kan eveneens in al zijn aspecten worden weerlegd: een goed overdachte redactie van een nieuw wetsartikel kan tegemoet komen aan de zogezegde strijdigheid met het legaliteitsbeginsel en door de burgerlijke aard is er volgens het Hof van Cassatie geen probleem van ‘*non bis in idem*’. De overige waarborgen die het EVRM en het BUPO opleggen, zullen tevens gerespecteerd worden, doch er zijn redenen om een versoepeling aan te nemen. Ook bij de artt. 10-11 Gw. duiken, mits voldoende aandacht voor de redactie van het wetsartikel, geen problemen op. De visie van het EHRM wordt mee in acht genomen, wat vnl. bescherming tegen disproportionele vergoedingen vereist. Zelf legt dit Hof geen *punitive damages* op.

Dat de schadelijder die een vordering instelt (een deel van) de opgelegde geldsom verwerft, wordt als ongeoorloofd aanzien omdat dit zorgt voor een ongerechtvaardigd voordeel. Een fonds kan hier echter aan remediëren. Ook is het ongerechtvaardigd karakter niet geheel juist: het is een beloning om op te treden als rechtshandhaver, wat de maatschappij tevens ten goede komt. Doordat de toepassingsvoorwaarden van *punitive damages* strikt omschreven zijn, rijst er geen probleem i.v.m. ‘uitlokking’ tot procederen.

Vrees voor Amerikaanse toestanden en buitensporigheid van de ‘private rechtshandhavers’ is onterecht: het rechtssysteem verschilt op dusdanige wijze dat in het Belgische recht voor beide argumenten voldoende tegengewicht is ingebouwd.

Besloten kan dus worden dat er vnl. een vrees is voor het onbekende, terwijl angst net een slechte raadgever is. Een mogelijke invoering zou dus wel wenselijk zijn, ondanks de onterechte vrees.

221. Met de voorwaarden van inpasbaarheid moet met de nodige voorzichtigheid worden omgegaan. Hierbij moet immers tegemoet gekomen worden aan voormelde bezwaren. De invoering van het nieuwe artikel 1383*bis* BW (zie bijlage 2), met duidelijk doch algemeen omschreven toepassingsgevallen, nl. de lucratieve fout met daaraan een weerlegbaar vermoeden gekoppeld en de bedrieglijke fout, komt tegemoet aan zowel het legaliteitsbeginsel, de artt. 10-11 Gw. als aan de vereisten van het EHRM. Doordat het bedrag bepaald wordt aan de hand van een ratio van 0.1 – 5 ingevuld op basis van vooraf opgelegde factoren, waarmee het compensatoir bedrag vermenigvuldigd wordt, wordt willekeur op sterke wijze tegengegaan. Rechters moeten bijzonder motiveren waarom *punitive damages* worden toegestaan en op welke wijze de factoren hun belang hebben gehad in de berekening. Bovendien wordt steeds de helft van de punitieve vergoeding aan een fonds gegund, zodat een vangnetfunctie wordt ingebouwd. Procedurele waarborgen, zoals beslissing door een college, bijzondere motivering en altijd een beroepsmogelijkheid, moeten tevens worden ingepast. Het gerechtelijk wetboek zal hiervoor moeten aangepast worden.

222. Verzekerbaarheid is echter niet wenselijk, gelet op het repressief en persoonlijk karakter, de ondergraving van de voornaamste doelstellingen van *punitive damages* door een ‘*moral hazard*’ en het verbod op verzekering van opzettelijke fouten.

223. Tot slot wordt ook gekeken naar Nederland, Frankrijk en Duitsland. Daar is heel wat beweging waar te nemen. De drie landen staan allen op één of andere manier meer open voor de invoering van *punitive damages* dan België, zowel internrechtelijk als internationaal privaatrechtelijk. Dit is een teken aan de wand dat de vrees vanuit het Belgische recht minstens ten dele onterecht is.

224. Persoonlijk ben ik dus, zoals uit de argumenten reeds blijkt, voorstander van de beperkte invoering van *punitive damages*. Een wetsartikel met de nodige remmen kan zorgen voor een verbetering van het recht en zelfs een verbetering van de houding van burgers. Buitensporigheid moet echter worden tegengegaan. De omschrijving van de toepassingsgevallen en het invoeren van een bepaalde ratio met maximumgrens, gecombineerd met een bijzondere motiveringsplicht, komt aan de huidige problematieken tegemoet.

225. Uiteraard zijn er ook aan dit onderzoek grenzen verbonden en opent dit de deur voor verder onderzoek: niet enkel antwoorden worden gegeven, ook nieuwe vragen kunnen worden gesteld.

Vooreerst is de mogelijkheid van *punitive damages* in het contractueel aansprakelijkheidsrecht geheel buiten beschouwing gebleven. Hiervoor mag de lezer niet blind zijn aangezien dit een belangrijke beperking is van dit onderzoek. Verder onderzoek op dit vlak wordt echter reeds gevoerd aan de Universiteit van Antwerpen door mevrouw E. NORDIN.

Daarnaast is het ook wenselijk dat er empirisch onderzoek wordt gedaan naar lucratieve fouten. Hiermee wordt bedoeld dat onderzocht moet worden op welke wijze de schadeverwekkers hun berekeningen maken, waarop geanticipeerd zou kunnen worden met het opstellen van de ratio en de daarmee samenhangende factoren. Vanaf wanneer zijn schadeverwekkers immers bereid zich rechtmatig te gedragen, m.a.w.: vanaf wanneer is een vergoeding afschrikwekkend genoeg? Wat nemen ze daarvoor in acht?⁷⁵¹ Dit onderzoek zal uiteraard niet eenvoudig zijn, omdat dit reeds een 'bekentenis' zou inhouden van het berekend gedrag. De problematiek van de 'moral hazard' moet tevens onderzocht worden. De verzekeraarbaarheid is immers een netelige kwestie en het is van belang na te gaan in welke mate de doelstellingen daadwerkelijk ondergraven worden.

226. De implicaties voor de praktijk zijn groot. Meer claims zullen worden ingediend en rechters zullen op meer uitgebreide wijze moeten motiveren. Daarnaast zullen zij zich ook moeten inwerken in het nieuwe systeem van de ratio. Omdat de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg wordt uitgebreid, zal de werklast op diens schouders vergroten en zal de gerechtelijke achterstand mogelijk nog groter worden. Schadelijders zullen zich echter getroost weten met de gedachte dat er wel een 'beloning' komt.

De Minister van Justitie is daarenboven echter volop bezig met de hervormingen van het gerechtelijk apparaat. Daarom rijst de vraag of het niet hét moment is om de invoering van *punitive damages* aan te kaarten in het parlement. Wanneer er op wetgevend gebied bewegingen plaatsvinden, kan de Minister dit immers mede in acht nemen bij de hervorming en het aantal rechters en ondersteunend personeel uitbreiden.

227. Moraal van het verhaal: er moet aan het aansprakelijkheidsrecht gesleuteld worden en *punitive damages* zijn een waardige kandidaat. De bezwaren hiertegen zijn systematisch te weerleggen en een apart wetsartikel met de nodige beperkingen is een mooie oplossing. De hervormingen die men plant door te voeren in het juridische landschap, scheppen daarenboven opportuniteiten om het debat dat reeds eerder is aangezwengeld, in een hogere versnelling te brengen.

⁷⁵¹ Een aanzet kan gevonden worden in S. VAN DEN DIKKENBERG, *l.c.*, <http://arno.uvt.nl>, 4-14, i.v.m. de pakkans en de zwaarte van de straf.

BIJLAGE 1: BIBLIOGRAFIE**A. GEDRUKTE BRONNEN**

ADRIAANSE, P.C., BARKHUYSEN, T., DEN HOUDIJKER, F.M.J. en ZIPPRO, E.-J., “Het EVRM-kader voor invoering van *punitive damages* in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?”, *NTBR* 2008, afl. 7, 274-286.

APPELDOORN, J., “Schade door prijsafsprak. De NMA als scheidsman en *damnum emergens* als bestuursrechtelijk begrip?”, *NJB* 2007, afl. 17, 1051-1054.

BAECK, J., “(R)evolutie in ontbindingsland?” (noot onder Cass. 16 februari 2009), *RW* 2011-12, afl. 42, 1844-1849.

BARENDRECHT, J.M., “Aansprakelijkheid en welzijn”, *NJB* 2002, afl. 12, 605-617.

BARENDRECHT, J.M., “Rechtvaardigheid en het *welbevinden* van slachtoffers”, *NJB* 2003, afl. 23, 1175-1184.

BHOLE, B. en WAGNER, J., “On the consideration of potential harm in the award of punitive damages”, *Economics Bulletin* 2009, vol. 29, 1102-1106.

BOCKEN, H., en BOONE, I., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 284 p.

BOLT, A.J. en SPIER, J., m.m.v. HAAZEN, O.A., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 405 p.

BOOT, J., “Privaatrecht & boete. Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging”, *Ars Aequi* 2008, afl. 3, 200-208.

BOONE, I., “Coördinatie van aansprakelijkheid en andere vergoedingssystemen” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, 597-741 (865 p.).

BOONE, I., *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 722 p.

BORGHETTI, J.-S., “Punitive Damages in France” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 55-74 (335 p.).

BRAND, R.A., “Punitive damages in US law and the recognition of judgements”, *NILR* 1996, 143-186.

BREWAEYS, E., “Recht op afbeelding”, *NJW* 2010, afl. 218, 206.

CARETTE, A., “Milieuaansprakelijkheid” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV. Commentaar verbintenissenrecht, Titel III, Hfdst. 13, afd. 4, Mechelen, Kluwer, 2004, 1-69.

CAUFFMAN, C., “Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht”, *TPR* 2007, afl. 2, 799-873.

CAUFFMAN, C. en WEYTS, B., “Privaatrecht en rechtshandhaving” in X., *Preadviezen 2009*, Den Haag, Boom Juridische Uitgever, 2009, 303-366 (369 p.).

CHAO-DUIVIS, M.A.B., “Vergelding als schadevergoeding”, *NJB* 1990, afl. 14, 513-520.

CLAESSENS, B., HENS, T., VAN PUTTEN, W. en VEGA LÉON, M.-A. “De uitwerking van de overeenkomst tussen partijen” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, II.4-143 – II.4-227.

COLBY, T.B., “Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, the present, and future of punitive damages”, *Yale Law Journal* 2009, vol. 118, 393-479.

COLLE, P., *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 269 p.

COOMANS, C., noot onder Rb. Hasselt 12 december 2003, *Limb.Rechtsl.* 2004, afl. 1, 52-56.

COUSY, H. en DROSHOUT, D., “De “Principles of European Tort Law” (PETL). Proeve van een Nederlandstalige versie” in X., *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 71-89 (472 p.).

COUSY, H., “Over aansprakelijkheidsrecht en verzekering: living together apart?” in X., *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 203-222 (600 p.).

DE GEEST, G. en WUYTS, F., “Penalty Clauses and Liquidated Damages” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 141-161 (1205 p.).

DE HERT, P. en SAELENS, R., “Recht op afbeelding”, *TPR* 2009, afl. 2, 867-917.

DE KEYSER, E., “Morele schade en andere schade bij overlijden” in X., *Handboek Letselschade Gemeen Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, D.II.1/1 – D.III.2/1.

DE KEZEL, E., “The Protection and Enforcement of Private Interest by (the Recognition of U.S.) Punitive Damages in Belgium: Limits and Opportunities” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 213-244 (533 p.).

DEAKIN, S., JOHNSTON, A. en MARKESINIS, B., *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 2008, 1056 p.

DEBAENE, M. en DEBAENE, P., “Aansprakelijkheid voor eigen foutieve daad” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 52 p.

DEENE, J., noot onder Antwerpen 5 mei 2003, *NJW* 2003, afl. 48, 1194.

- DEENE, J., “Intellectuele rechten kroniek 2005”, *NJW* 2006, afl. 145, 530-550.
- DEENE, J., “Hof van Beroep geeft Clijsters haar portretrecht terug”, *Juristenkrant* 2008, afl. 171, 1.
- DELBROUCK, I., “Aanranding van de eer of de goede naam van personen” in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 2007, A 15/6 – A 15/53.
- DELBROUCK, L., “Roep niet te snel laster en eerroof”, *Juristenkrant* 2008, afl. 168, 5.
- DELODDERE, S., “Ecologische schade en het herstel ervan”, *NJW* 2004, afl. 56, 38-44.
- DEWEZ, J., “La résolution du contract par accord mutuel des parties”, *TBBR* 2010, afl. 5, 226-235.
- DIEPENDAELE, J.-P., “Eenmaal? Andermaal? Cumul van administratieve sancties in de werkloosheid met strafsancities (of met administratieve sancties): de opflakking van een oud zeer”, *RW* 2012-13, afl. 23, 882-892.
- DIRIX, E. en BROECKX, K., *Beslag – APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 627 p.
- EBERT, I., “Punitive Damages and Liability Insurance” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 213-218 (335 p.).
- FASQUELLE, D. en MÉSA, R., “Les fautes lucratives et les assurances de dommages”, *RGAR* 2004, nr. 13949, 23 p.
- FAURE, M. en HARTLIEF, T., “Het kabinet en de claimcultuur”, *NJB* 1999, afl. 43, 2007-2015.
- GASH, J., “Understanding and Solving the Multiple Punishments Problem” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 65-105 (533 p.).
- GEISTFELD, M.A., “Due Process and The Deterrence Rationale for Punitive Damages” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 107-118 (533 p.).
- GEYSELS, F., “Milieuhandhaving” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, *Vibis.Aocties.1-1 - Vibis.Aocties.1-93*.
- GIARD, R.W.M. en VAN BOOM, W.H., “De empirische dimensies van zorgplicht. Kanttekeningen bij het *Skeeler-arrest* (HR 25 november 2005, JA 2006, 1, *RvdW* 2005, 132)”, *NTBR* 2006, afl. 8, 360-368.
- GOEGBUER, A., “Strafbedingen” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2004, 51 p.
- GONZÁLEZ, A.O., “Punitive Damages for Cartel Infringements: Why Didn’t The Commission Grasp the Opportunity?” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 437-458 (533 p.).

GULDIX, E. en WYLLEMAN, A., “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1999, afl. 4, 1589-1657.

HAAZEN, O.A., “Amerikaanse toestanden. Qui tam”, *NJB* 2006, afl. 21, 1156-1158.

HANSSEN, K., “Product recall: (kinder)ziektes in producten en wetgeving”, *Limb.Rechtsl.* 2001, afl. 1, 1-33.

HARTKAMP, A.S. en SIEBURGH, C., *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, II*, Deventer, Kluwer, 2009, 410 p.

HARTKAMP, A.S. en SIEBURGH, C., *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet, IV*, Deventer, Kluwer, 2011, 465 p.

HARTLIEF, T. en TJITTES, R.P.J.L., “De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid: Privaatrechtelijke aspecten” in R. VAN DEN BERGH, M. FAURE en T. HARTLIEF (eds.), *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, Lelystad, Koninklijke Vermandere, 1990, 55-115 (119 p.).

HARTLIEF, T., “De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht” in T. HARTLIEF en S. KLOSSE (eds.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 1-76 (379 p.).

HARTLIEF, T., “Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?”, *NJB* 2005, afl. 16, 830-834.

HARTLIEF, T., “Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?”, *TPR* 2007, afl. 3, 1651-1732.

HARTLIEF, T., “Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, 807-865 (865 p.).

HARTLIEF, T., “Gij zult handhaven!”, *NJB* 2007, afl. 15, 915.

HARTLIEF, T., “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WPNR* 2008, afl. 6772, 769-777.

HARTLIEF, T., “Van aalmoes naar aanspraak. Weg met het personenschaderecht?” in T. HARTLIEF en S. LINDENBERGH (eds.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, 1-23 (193 p.).

HARTLIEF, T., “Wat staat het burgerlijk recht te doen?”, *NJB* 2009, afl. 25, 1553.

HARTLIEF, T., “Geld zetten op aansprakelijkheidsrecht”, *TPR* 2009, afl. 2, 565-580.

HARTLIEF, T., “De schrik van het burgerlijk recht”, *NJB* 2009, afl. 35, 2253.

HARTLIEF, T., *Anno 2010. Beschouwingen over aansprakelijkheid en verzekering*, Amsterdam, DeLex, 2009, 128 p.

HARTLIEF, T., “Aansprakelijkheid zonder verzekering”, *NJB* 2011, afl. 25, 1601.

HAZELHORST, M., “Private enforcement of EU competition law: why punitive damages are a step too far”, *ERPL* 2010, afl. 4, 757-772.

HERBOTS, J., “De punitieve vergoeding in het Engelse en Amerikaanse recht van de onrechtmatige daad en van de contracten” in BERNAUW, K. (ed.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 141-163 (1030 p.).

HEYMAN, T., “Amerikaanse claimcultuur dreigt in Europa”, *Juristenkrant* 2010, afl. 217, 15.

HOET, P., “Gelijkheid van feiten of van inbreuken en van strafrechtelijke vervolgingen of van vervolgingen met een strafrechtelijk karakter?” (noot onder EHRM 10 februari 2009), *RABG* 2009, afl. 13, 890-902.

HONDIUS, E., “Punitive damages: acceptabel, zij het met mate”, *NJB* 2003, afl. 38, 2019-2020.

HULLEBROECK, G., noot onder Beslagr. Brussel 5 april 2011, *T.Verz.* 2012, afl. 1, 97.

HULST, E., “Actualiteiten milieuaansprakelijkheid. De les van *Exxon Valdez*: ‘Punitive damages’ corrigeren fout gedrag toch niet”, *TMA* 2004, afl. 6, 199-202.

IDOMON, C., “Enkele bedenkingen omtrent de burgerlijke vordering wegens het niet inlassen van een antwoord en lasterlijke publicaties”(noot onder Brussel 10 maart 2004), *RW* 2005-06, afl. 25, 985-987.

ISIDRO, M.R., “Punitive Damages From a Private International Law Perspective in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 237-256 (335 p.).

ISIDRO, M.R., “Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen From Abroad?” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 311-335 (533 p.).

JAFFERALI, R., “Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *RGAR* 2008, nr. 14399, 22 p.

JANSEN, N. en RADEMACHER, L., “Punitive Damages in Germany” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 75-86 (335 p.).

JOCQUÉ, G., “Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 1-101 (865 p.).

JOCQUÉ, G., “Verzekeringsrecht kroniek 2009-2011. Rechtspraakoverzicht Grondwettelijk Hof en Hof van Cassatie (juli 2009 – juni 2011)”, *NJW* 2011, afl. 246, 478-488.

JOCQUÉ, G., “Opzet in de gezinsaansprakelijkheidsverzekering”, *T.Verz.* 2001, afl. 335, 215-229.

JONGEN, F., noot onder Rb. Luik 21 september 1999, *AM* 2000, 159.

JONGEN, F., ““Préjudice moral, préjudice matériel et sécurité juridique” (noot onder Cass. 12 oktober 2001), *JLMB* 2002, afl. 10, 401-402.

- JONGEN, F., “Hiérarchie des normes?” (noot onder Corr. Brussel 23 juni 2009), *JLMB* 2010, afl. 3, 127-128.
- JUDO, F., “Uitgever vangt bot”, *Juristenkrant* 2003, afl. 66, 7.
- KERKMEESTER, O.H., “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, afl. 40, 1807-1813.
- KOCH, B.A., “Punitive Damages in European Law” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 197-209 (335 p.).
- KORTMANN, J. en SIEBURGH, C., “Handhaving door Nederlands privaatrecht” in X., *Preadviezen 2009*, Den Haag, Boom Juridische Uitgever, 2009, 249-302 (369 p.).
- KORTMANN, J., “The Tort Law Industry”, *ERPL* 2009, afl. 5, 789-811.
- KOZIOL, H., “Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 275-308 (335 p.).
- KRUIHOF, M., “De vordering tot voordeeloeverdracht”, *TPR* 2011, afl. 1, 12-74.
- LAENENS, J., BROECKX, K., SCHEERS, D. en THIRIAR, P., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 853 p.
- LAMBERT, P., “La diffamation” in X., *Postal Mémoralis. Lexique du droit penal et des lois spéciales*, Mechelen, Kluwer, 2008, D 130/01 – D 130/19.
- LAMON, H., “Gele Davidster om ‘een jood’ aan te wijzen: who cares?”, *Juristenkrant* 2009, afl. 197, 4-5.
- LARMUSEAU, I., “Het voorzorgsbeginsel niet langer een papieren tijger?”, *AJT* 1998-99, 811-815.
- LE TOURNEAU, P. en CADIET, L., *Droit de la Responsabilité*, Parijs, Dalloz, 1996, 938 p.
- LE TOURNEAU, P., BLOCH, C., GUETTIER, C., GIUDICELLI, A., JULIEN, J., KRAJESKI, D. en STOFFEL-MUNCK, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2008, 1778 p.
- LEBON, C., “Prima-faciebeoordeling van de rechtsgeldigheid van de buitengerechtelijke ontbinding van een overeenkomst”, *NJW* 2010, afl. 230, 717-718.
- LEMMENS, K., “Parlando ma non troppo: artikel 10 van het E.V.R.M. en kritiek op gerecht en politiek”, *AJT* 1999-00, 277-291.
- LEMMENS, K., “Wie is Demol? Bedenkingen bij een boek en een arrest”, *AM* 2006, afl. 2, 147-160.
- LINDEN, A.M. en FELDTHUSEN, B., *Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 2006, 868 p.
- LINDENBERGH, S.D., “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht”, *TPR* 1999, afl. 4, 1665-1707.

- LINDENBERGH, S.D., “Tranen met duiten. Over het paradoxale karakter van het smartengeld” in T. HARTLIEF en S. LINDENBERGH (eds.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, 147-157 (193 p.).
- LUNNEY, M. en OLIPHANT, K., *Tort Law. Text and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 993 p.
- MAGNUS, U., “Commentary: Art. 10.101. Nature and Purpose of Damages” in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen, Springer-Verlag, 2005, 149-153 (278 p.).
- MAGNUS, U., “Punitive Damages and German Law” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 245-260 (533 p.).
- MAHÉ, C.B.P., “Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 261-281 (533 p.).
- MASSCHELEIN, M.A., “Het verval van een recht (la déchéance)”, *RW* 2010-11, afl. 17, 690-700.
- MATTHÉ, S., “Enforcement in Family Law by Means of Private Penalties” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 381-411 (533 p.).
- MCGOVERN, F.E., “Punitive Damages and Class Actions”, *Louisiana Law Review* 2010, vol. 70, 435-462.
- MEEUS, R., “Een toekomst voor de transactie als sanctioneringsinstrument in het milieurecht? Lessen uit de praktijk in België en Nederland”, *TMR* 2011, afl. 4, 325-345.
- MEURKENS, L., “The Punitive Damages Phenomenon in Continental Europe: Food for Thought” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 3-62 (533 p.).
- MEURKENS, L., “Epilogue” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 523-531 (533 p.).
- MORGAN, J., “Reflections on Reforming Punitive Damages in English Law” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 183-210 (533 p.).
- MULDER, J., “Hoe schadevergoeding kan leiden tot gevoelens van erkenning en gerechtigheid”, *NJB* 2010, afl. 5, 293-296.
- MULLER, E., “Roddel, Schuld & Boete”, *NJB* 2008, afl. 24, 1464-1470.
- MURPHY, J., *Street on Torts*, New York, Oxford University Press, 2007, 705 p.
- NAGY, C., “Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe”, *NIPR* 2012, afl. 1, 4-11.

NEVEN, J.-F. en MORMONT, H., “Cumul des sanctions administrative et pénale en matière de chômage: la Cour de cassation ignore-t-elle la jurisprudence de Strasbourg sur l’identité d’infraction?” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *JT* 2011, afl. 6449, 651-655.

NORDIN, E., “Private straffen in het contractenrecht beschouwd vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM” in J. ROZIE, A. VAN OEVELEN en S. RUTTEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 147-171 (203 p.).

NORDIN, E. en WUYTS, D., “The Insurability of Punitive Damages Under Belgian Law” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 415-435 (533 p.).

OWEN, D.G., “Punitive Damages as Restitution” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 119-131 (533 p.).

PATART, D., “Considerations relatives à la portée de l’article 1451 du code judiciaire” (noot onder Brussel 12 mei 2000), *JLMB* 2003, afl. 31, 1352-1361.

PETILLION, F., “Inbreuken op portretrecht leiden tot contractuele en/of extracontractuele schadevergoeding” (noot onder Gent 21 februari 2008), *RABG* 2008, afl. 20, 1274-1276.

PHANG, A. en LEE, P.W., “Restitutionary and Exemplary Damages Revisited”, *Journal of Contract Law* 2003, 1-39.

PIROTTE, N., “Sanction du tiers saisi: pénalité ou indemnité?” (noot onder Besl. Brussel 23 april 1998), *JLMB* 1999, afl. 10, 408-412.

POLINSKY, A.M., “Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al.”, *The Journal of Legal Studies* 1997, vol. 26, 663-677.

POLINSKY, A.M. en SHAVELL, S., “Punitive Damages: an Economic Analysis”, *Harvard Law Review* 1998, 869-962.

POLINSKY, A. M. en SHAVELL, S., “Punitive damages” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 764-781 (807 p.).

PRIEST, G.L., “Insurability and Punitive Damages”, *Alabama Law Review* 1988-89, 1009-1035.

RANERI, G.-F., “*Non bis in idem* – La Cour de cassation rejette-t-elle la jurisprudence *Zolotoukhine*?” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *JTT* 2012, afl. 1118, 52-54.

RODDY, N.E., “Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation”, *Wm. & Mary L. Rev.* 1981, 333-361.

ROGERS, W.V.H., “Commentary: Art. 10:301. Non-Pecuniary Damage” in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen, Springer-Verlag, 2005, 171-178 (278 p.)

- RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling (onrechtmatige daad) - APR*, Gent, Larcier, 1957, 813 p.
- RUSSELL, G. en THORNTON, J.D., “Exemplary Damages”, *BUMC Proceedings* 2002, 441-442.
- SAMOY, I. en AGUIRRE, M., “De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Schadeherstel, schadevergoeding en interesten” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 97-135 (290 p.)
- SAMOY, I., “Nietigheid van ongeoorloofde schadebedingen in het gemene recht: welles niets...” (noot onder Antwerpen 20 september 2004), *RW* 2006-07, afl. 19, 797-801.
- SAMYN, L. en VOLDERS, B., *Belgisch Internationaal Privaatrecht – Communautaire, internationale en nationale instrumenten*, Antwerpen, Maklu, 2011, 725 p.
- SCHELHAAS, H., “Waarheen met het boetebeding in Europa? Een analyse van het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht en de Principles of European Contract law”, *TPR* 2000, afl. 4, 1371-1434.
- SCHMIT, J., PRITCHETT, S. en FIELDS, P., “Punitive Damages: Punishment or Further Compensation?”, *The Journal of Risk and Insurance* 1988, 453-466.
- SCHOORS, T., BAEYENS, T. en DEVROE, W., “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, afl. 239, 198-213.
- SCHRYVERS, J., “Gemeenrechtelijke letselschade – de beginselen en hun schending”, *TAVW* 2001, 288-309.
- SCHUERMANS, L., VAN OEVELEN, A., PERSYN, C., ERNST, P. en SCHUERMANS, J.-L., “Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, 856-909.
- SCHUERMANS, L., *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 852 p.
- SCHULZE, R., DÖRNER, H., EBERT, I., ECKERT, J., HOEREN, T., KEMPER, R., SAENGER, I., SCHULTE-NÖLKE, H. en STAUDINGER, A., *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 4. Auflage*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, 2355 p.
- SCHWITTERS, R.J.S., “Wat zijn de maatschappelijke gevolgen van een instrumenteel aansprakelijkheidsrecht?” in M. HERTOEGH en H. WEYERS (eds.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2011, 327-347 (514 p.).
- SEBOK, A.J. en WILCOX, V., “Aggravated Damages” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 257-274 (335 p.).
- SEBOK, A.J., “Punitive Damages in the United States” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 155-196 (335 p.).
- SEBOK, A.J., “The U.S. Supreme Court’s Theory of Common Law Punitive Damages: An Inauspicious Start” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 133-146 (533 p.).

- SHAVELL, S., “On the proper magnitude of punitive damages: *Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*”, *Harvard Law Review* 2007, vol. 120, 1223-1227.
- SIEBURGH, C., “Recht en verdriet, het is en blijft een ongemakkelijke combinatie” in T. HARTLIEF en S. LINDENBERGH (eds.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, 57-68 (193 p.).
- SIMOENS, D., *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, 433 p.
- SOTTIAUX, S., “Het conflict tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy” (noot onder Gent 12 juni 2001), *TBBR* 2003, afl. 5, 308-311.
- STIJNS, S., “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, afl. 34, 1258-1287.
- SWERTS, K., “(De juridische staat van de persoon) De naam”, *TPR* 2009, afl. 2, 774-792.
- TILBURY, M. en LUNTZ, H., “Punitive Damages in Australian Law”, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 1995, 769-792.
- TIMMERMANS, R., “(Syndicus van flatgebouwen) Handhaving reglementen van mede-eigendom en van orde” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, XIV.L-166 – XIV.L-177.
- TIMMERMANS, R., “Handhaving van het reglement van orde, geen eenvoudige klus”, *T.App.* 2007, 3-9.
- TIMMERMANS, R., “Syndicus” in X., *Het Onroerend Goed in de Praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2010, XV.O-337 – XV.O-559.
- TRAEST, M., “Het recht van toepassing op niet contractuele verbintenissen” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, 105 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., m.m.v. B. DE SMET, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen – Deel I: Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 670 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., m.m.v. DE SMET, B., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen – Deel II: Strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2009, 1286 p.
- VAN BOOM, W.H. en FAURE, M., “Introducing “Shift in Compensation Between Private and Public Systems”” in W.H. VAN BOOM en M. FAURE (eds.), *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, Wenen, Springer-Verlag, 2007, 1-27 (246 p.).
- VAN BOOM, W.H., “Effectuerend handelen in het privaatrecht”, *NJB* 2007, afl. 16, 982-992.
- VAN BOOM, W.H., “Iets over handhaving in het privaatrecht”, *WPNR* 2008, afl. 6772, 765-769.
- VAN CAMP, S., “Productveiligheid en Product recall”, *TBH* 2010, afl. 6, 451-488.

VAN DAMME, A., PAUWELS, L., PLEYSIER, S. en VAN DE VELDE, M., “Beelden van vertrouwen: het vertrouwen in politie en justitie in perspectief geplaatst” in X., *Beelden van vertrouwen in justitie en politie, Orde van de dag 2010*, afl. 52, 7-20.

VAN DE GEHUCHTE, D., *Productaansprakelijkheid in België*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 145 p.

VAN DE WALLE, S., “Vertrouwen en vertrouwdheid – waar komen vertrouwen en wantrouwen in justitie vandaan?” in X., *Beelden van vertrouwen in justitie en politie, Orde van de dag 2010*, afl. 52, 21-26.

VAN DEN BERGH, R. en FAURE, M., “De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse” in R. VAN DEN BERGH, M. FAURE en T. HARTLIEF (eds.), *De invloed van verzekering op civiele aansprakelijkheid*, Lelystad, Koninklijke Vermandere, 1990, 9-53 (119 p.).

VAN DER HEIJDEN, E.M., “Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker”, *NJB* 2001, afl. 36, 1749-1756.

VAN DER WIEL, B., “Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht”, *NJB* 2009, afl. 12, 724-731.

VAN DRIESSCHE, D., “Rechtmatige schadebedingen: geen ontkomen aan?” (noot onder Vred. Torhout 21 december 2004), *TBBR* 2008, afl. 1, 33-39.

VAN EMMERIK, M., “Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: de rechtspraktijk onder het EVRM”, *Ars Aequi* 1997, afl. 10, 712-719.

VAN HERCK, K. en VERMYLEN, C.-P., “Commentaar bij art. 1445 Ger.W.” in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1986, 1-46.

VAN HOORICK, G., “Milieubeleid en recht” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2004, *VIbis.A.1-1 – VIbis.A.1-35*.

VAN MAANEN, G. “De rol van het (aansprakelijkheids)recht bij de verwerking van persoonlijk leed. Enkele gedachten naar aanleiding van het experiment in het Veterans Affairs Medical Centre in Lexington USA” in G. VAN MAANEN (ed.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, 1-24 (280 p.).

VAN OEVELEN, A., “Enige beschouwingen vanuit het oogpunt van het Belgische recht, bij de Principles of European Tort Law” in X., *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 351-363 (472 p.).

VAN OEVELEN, A., “Enkele recente ontwikkelingen inzake schade en schadebegroting in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, 327-369 (865 p.).

VAN OEVELEN, A., PERSYN, C., DE TEMMERMAN, B. en JOCQUÉ, G., “(Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling) Algemene beginselen”, *TPR* 2007, afl. 2, 941-1012.

VAN SCHAİK, R., “De calculerende pers. Smartengeld bij onrechtmatige perspublicaties”, *Mediaforum* 1999, afl. 6, 169-173.

VAN SCHOU BROEK, C., “Over opzettelijk veroorzaakte schadegevallen en verzekering”, *TBH* 2005, afl. 8, 819-829.

VAN ZEELAND, C.M.C., KAMMINGA, Y.P. en BARENDRECHT, J.M., “Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan”, *NJB* 2003, afl. 16, 818-827.

VANDEN BERGHE, O., “Bedingen en schadevergoeding: strafbedingen, opzegbedingen en exoneratiebedingen” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissen – reeks Themis*, Brugge, die Keure, 2004, 43-70 (99 p.).

VANDENBERGHE, H., “Over civielrechtelijke pers aansprakelijkheid. Een stand van zaken” in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Gent, Larcier, 2005, 109-155 (246 p.).

VANDENBERGHE, H. “Pers aansprakelijkheid. De bijzondere zorgvuldigheidsnorm. Een glijdende schaal”, *TPR* 2010, afl. 4, 1827-1846.

VANDENBERGHE, H., “Over pers aansprakelijkheid. De specifieke context”, *TPR* 2010, afl. 4, 1814-1827.

VANDENBOGAERDE, M., “De verbintenisrechtelijke aard van de schuldenaarsverklaring bij derdenbeslag revisited”, *TBBR* 2012, afl. 6, 261-267.

VANDERHAEGHEN, A., “Verklaring van derde-beslagene” (noot onder Gent 24 juni 2008), *NJW* 2009, afl. 196, 133-134.

VANDEWAL, C., “Ik droom van groene weiden. Overwegingen omtrent het strafrechtelijk beleid inzake het leefmilieu”, *TMR* 2003, afl. 6, 548-583.

VANLEENHOVE, C., “Punitive Damages and European Law: *Quo Vademus?*” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 337-353 (533 p.).

VANLERBERGHE, B., “De toetsing van sancties door de rechter: algemeen kader” in J. ROZIE, A. VAN OEVELEN en S. RUTTEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 1-36 (203 p.).

VANLERSBERGHE, P., “Commentaar bij art. 17 Ger.W.” in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, 67 p.

VANLERSBERGHE, P., “Commentaar bij art. 18 Ger.W.” in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, 42 p.

- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., “Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: situering, doelstellingen, krachtlijnen, kritiek en vooruitzichten” in UALS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 108-131 (544 p.).
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935 p.
- VERHEIJ, A., “Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen”, *Ars Aequi* 1997, afl. 2, 71-81.
- VERMEULEN, L., “Over het ‘non bis in idem’-principe” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *RW* 2011-12, afl. 38, 1673-1679.
- VISSCHER, L.T., “Economic Analysis of Punitive Damages” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 219-236 (335 p.).
- VISSCHER, L., “The Law and Economics of Punitive Damages” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 471-497 (533 p.).
- VOORHOOF, D. en VALCKE, P., *Handboek Mediarecht*, Brussel, Larcier, 2011, 686 p.
- VOORHOOF, D., “Ook gevangene heeft recht op vergetelheid”, *Juristenkrant* 2001, afl. 37, 1.
- VOORHOOF, D., “RTL-TVI en minister veroordeeld wegens schending recht op afbeelding van gevangene”, *Juristenkrant* 2001, afl. 37, 16.
- VOORHOOF, D., “VTM-journaal veroordeeld wegens signaleren vermeende hormonenzwendel”, *Juristenkrant* 2003, afl. 63, 1 en 5.
- VOORHOOF, D., “Boek krenkt eer en goede naam van VB-politicus”, *Juristenkrant* 2005, afl. 116, 13.
- VOORHOOF, D., “Gents hof van beroep bestudeert naaktfoto’s”, *Juristenkrant* 2006, afl. 139, 5.
- VOORHOOF, D., “De Standaard veroordeeld in zaak Brouwers”, *Juristenkrant* 2008, afl. 163, 6.
- VOORHOOF, D., “Dedecker moet dopingkritiek inslikken”, *Juristenkrant* 2009, afl. 161, 6-7.
- VOORHOOF, D., “BASF moet kritiek kunnen verdragen”, *Juristenkrant* 2009, afl. 189, 5.
- VOORHOOF, D., “Weblogs en websites zijn voortaan ook ‘drukkers’”, *Juristenkrant* 2012, afl. 246, 4-5.
- VOORHOOF, D., “Rechtspraak integreert Code van de Raad voor de Journalistiek bij beoordeling van ‘fout’ in toepassing van art. 1382 B.W.” (noot onder Rb. Brugge 30 april 2012), *AM* 2012, afl. 6, 596-597.
- WAGNER, K., “Commentaar bij art. 1456 Ger.W.” in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 1-13.
- WAGNER, K., “De schuldenaarsverklaring bij laattijdige of onnauwkeurige verklaring van de derde beslagene” (noot onder Brussel 22 juni 2004), *RABG* 2005, afl. 4, 314-320.

WAGNER, G., “(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems” in W.H. VAN BOOM en M. FAURE (eds.), *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, Wenen, Springer-Verlag, 2007, 87-112 (246 p.).

WALTHER, D.L. en PLEIN, T.A., “Punitive Damages: a critical analysis: *Kink v. Combs*”, *Marquette Law Review* 1965-66, vol. 49, 369-386.

WESTER-OUISSE, V., “La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs!”, *RCA* 2011, afl. 3, étude 5. Ook raadpleegbaar via www.lexisnexis.fr.

WEYTS, B., “Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?” (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, afl. 2, 112-115.

WEYTS, B., “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW* 2005-06, afl. 42, 1641-1652.

WEYTS, B., “Objectieve aansprakelijkheid” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen – XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, 371-415.

WEYTS, B., “De ene opzettelijke fout is de andere niet. Over opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht” in X., *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 363-376 (1014 p.).

WEYTS, B., “Punitieve elementen in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in J. ROZIE, A. VAN OEVELEN en S. RUTTEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 173-203 (203 p.).

WEYTS, B., “Opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht: the story continues” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 265-292 (470 p.).

WILCOX, V., “Punitive Damages in the Armoury of Human Rights Arbiters” in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 499-521 (533 p.).

WILCOX, V., “Punitive Damages in England” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer-Verlag, 2009, 7-54 (335 p.).

WUYTS, D., “De definiëring van het opzettelijk veroorzaakt schadegeval in de zin van artikel 8 WLVO” (noot onder Cass. 24 april 2009), *RABG* 2010, afl. 20, 1313-1324.

ZIPURSKY, B.C., “Punitive Damages After *Philip Morris USA v. Williams*”, *Court Review* 2007, vol. 44, 134-154.

B. ONLINE-VERWIJZINGEN

BAUMANN, F. en FRIEHE, T., “Punitive damages in oligopolistic markets”, 2011, 28 p., www.ecpol.vwl.uni-muenchen.de.

- FRIEHE, T., "On Avoidance Activities After Accidents", 2006, 16 p., www.socialpolitik.de.
- HERSCH, J. en VISCUSI, K., "Punitive Damages: How Judges and Juries perform", 2002, 57 p., <http://www.law.harvard.edu>.
- JOBIN-LABERGE, O., "Moral damages and exemplary damages: The supreme court sets certain principles", 1996, 7p., www.lavery.ca.
- JONES, M.A., "Remedies in Tort", 2000, 8 p., www.lawteacher.co.uk.
- MORGAN, F., "A Current Look at Punitive Damages", 1995, 11 p., <http://www.sbaer.uca.edu>.
- REUTERS, T., "Civil Laws. Remedies. Punitive Damages (statutes)", 2011, 49 p., westlaw-databank.
- SHAVELL, S., "Economics and liability for accidents", 2005, 13 p., <http://lsr.nellco.org>.
- TORRICO, E., "Punitive Damages in Nederland: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht! – Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten", 2009, 47 p., <http://arno.uvt.nl>.
- VAN DEN DIKKENBERG, S., "Een privaatrechtelijk instrument ontrafeld: De theorie en empirie achter punitive damages", 2010, 23 p., <http://arno.uvt.nl>.
- VISCUSI, W.K., "Tort Reform and Insurance Markets", 2003, 28 p., www.law.harvard.edu
- X. "Aggravated and Punitive Damages", 2006, 9 p., www.nelligan.ca.

C. VOLLEDIGE LINKS, VOLGENS BOVENSTAANDE VOLGORDE

http://www.ecpol.vwl.uni-muenchen.de/downloads/fiwi_kolloq/punitive_damages.pdf

<http://www.socialpolitik.de/tagungshps/2007/paper/Friehe.pdf>

http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/362.pdf

<http://www.lavery.ca/publications/our-publications/other/moral-damages-and-exemplary-damages-the-supreme-court-sets-certain-principles/>

<http://www.lawteacher.net/tort-law/lecture-notes/remedies-lecture.php>

<http://www.sbaer.uca.edu/research/sma/1995/pdf/11.pdf>

http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1323&context=harvard_olin

<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=94945>

<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=113253>

http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1228&context=harvard_olin

http://www.nelligan.ca/e/pdf/Aggravated_&_Punitive%20Damages.pdf

BIJLAGE 2: ARTIKEL 1383BIS BW**Art. 1383bis**

§1. Bij berekend, intentioneel en foutief gedrag, gericht op profijt of winst die de potentiële vergoeding aan de benadeelde zou overstijgen of evenaren, kan de rechtbank mits bijzondere motivering een vergoeding opleggen bovenop de schadevergoeding, met het oog op bestraffing, preventie en ontrading.

Dit berekend gedrag wordt weerlegbaar vermoed bij uiterst roekeloos handelen of nalaten of bij de kennelijke overtreding van een specifieke rechtsnorm die een gebod of een verbod bevat, met bewuste miskennis van andermans rechten. Hierbij moet door de benadeelde tevens een materieel voordeel als gevolg van de schending van diens rechten aannemelijk gemaakt worden.

Eenzelfde sanctie kan worden opgelegd bij een bedrieglijke fout, waar zowel de handeling als schadelijke gevolgen gewild zijn.

Deze vergoeding moet uitdrukkelijk en gemotiveerd gevorderd worden door de benadeelde.

§2. De omvang van deze vergoeding moet afzonderlijk van de schadevergoeding worden geraamd. Dit gebeurt aan de hand van een ratio van 0.1 tot 5 waarmee het bedrag van de schadevergoeding vermenigvuldigd wordt. Hierbij worden volgende factoren in acht genomen:

- °1: omvang van de schadevergoeding en strafrechtelijke veroordeling;
- °2: verworven winst van de schadeverwekker;
- °3: graad, aard en hoegrootheid van de normschending;
- °4: persoon van schadeverwekker en benadeelde;
- °5: duur en bereik van het schadeverwekkend gedrag;
- °6: andere elementen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak, mits bijzondere motivering.

De rechtbank motiveert uitdrukkelijk in welke zin voormelde factoren in de berekening werden betrokken.

§3. De helft van de in dit artikel toegekende vergoeding zal toekomen aan een fonds, op te richten door de Koning. Deze zal de bevoegdheden en de samenstelling nader bepalen.

§4. Voorzien in een verzekering ter dekking van de in paragraaf 1 opgelegde vergoedingen, is niet verboden.

BIJLAGE 3: SAMENVATTING

Punitive Damages zijn naar Belgisch recht onbekend en voorlopig onbemind. Deze Angelsaksische rechtsfiguur legt bovenop een schadevergoeding een extra bedrag op ter bestraffing van specifieke omschrijvingen van laakbaar gedrag. De functies van bestraffing, preventie en ontrading worden hoog in het vaandel gedragen; rechtshandhaving is eveneens een belangrijke component.

De vraag rijst of de invoering van deze rechtsfiguur in het Belgische recht wenselijk en mogelijk zou zijn. Deze vorm van private straf gaat immers in tegen de scheiding van straf- en privaatrecht en tegen de regel van het integraal en objectief herstel. Daarnaast zou dit volgens tegenstanders leiden tot een ongerechtvaardigd voordeel voor de eiser en tot Amerikaanse toestanden met een echte claimcultuur en buitensporige private rechtshandhavers in ons rechtssysteem. De grondwettigheid wordt tevens in vraag gesteld.

De wenselijkheid van de invoering is echter niet te ontkennen. De publiekrechtelijke rechtshandhaving, m.n. het strafrecht, is niet op degelijke wijze in staat haar doelstelling van bestraffing en bescherming te vervullen. Niet alleen is de bewijslast en de prioriteitsstelling door het openbaar ministerie een harde noot om te kraken, ook de uitvoering van straffen laat te wensen over. Daarnaast duikt ook het cruciale probleem van wantrouwen van de bevolking in deze vorm van justitie op. Vooral op het gebied van persmisdriven bestaat er een vorm van feitelijke straffeloosheid, gelet op de vervolgingsplicht voor het hof van assisen.

Hieraan gekoppeld komt de problematiek van de lucratieve fout op de proppen, die vooral opvalt inzake persoonlijkheidsrechten. De pers kan momenteel woekerwinsten boeken en moet hiervoor slechts een lage schadevergoeding uitkeren aan de schadelijder. Een berekening wordt in hunner hoofde dan ook snel gemaakt. Deze fout doet zich ook voor bij milieuaansprakelijkheid, kartelinbreuken, intellectuele eigendom en mogelijks ook bij productaansprakelijkheid.

Door de lage schadevergoedingen, de hoge kosten en de tijd en de moeite die een proces vergt, is er daarenboven een zeer hoge drempel voor de rechtszoekende. Op die manier kan het recht zijn preventieve functie niet uitoefenen. Deze functie wordt daarenboven te weinig erkend. De klemtoon wordt immers gelegd op de vergoedende functie, waarbij men oogkleppen opzet voor een ontrading, reglementerende of bestraffende functie. De emotionele en de schadespreidende functie worden slechts erkend als neveneffect.

Dat er iets schort aan de rechtshandhaving is dus een feit, zowel strafrechtelijk als privaatrechtelijk. De hybride rechtsfiguur van *punitive damages* kan een uitweg bieden voor beide problematieken. Daarvoor moeten voormelde bezwaren wel eerst weerlegd worden.

De scheiding tussen straf- en privaatrecht berust vooreerst op een historische keuze. Door het falen van de handhaving, kan het maatschappelijk aanvoelen tot een vervaging van deze grens nopen. Bovendien zit het recht doorspekt met punitieve elementen, zodat de fundamentele afzwering van private straffen ongegrond lijkt. De regel van de integrale en objectieve schadevergoeding wordt vandaag de dag ondergraven door rechters die bij de raming van de schadevergoeding rekening houden met het intentioneel karakter en de zwaarte van de fout. Door de invoering van *punitive damages* zou de regel dus, contradictorisch genoeg,

terug in ere kunnen worden hersteld: de zwaarte van de fout wordt elders in rekening gebracht. Daarenboven is er geen bezwaar tegen een uitzondering op een algemene regel. Aan het ongerechtvaardigd voordeel kan worden tegemoet gekomen door de helft van de verworven vergoeding toe te kennen aan een fonds. De andere helft is ter beloning en als drempelverlaging, dus niet ongerechtvaardigd. Amerikaanse toestanden en excessieve handhavers moeten niet gevreesd worden: een concrete inschrijving in het recht en het verschillend rechtssysteem vormen een rem. De al dan niet grondwettigheid en verenigbaarheid met internationale verdragen zijn belangrijke knelpunten. Het legaliteitsbeginsel en artt. 10-11 Gw. kunnen echter ondervangen worden door een algemene doch streng uitgewerkte wettelijke bepaling. Het ‘*non bis in idem*’-beginsel wordt niet geschonden door de burgerrechtelijke aard, waardoor een strafrechtelijke veroordeling gecombineerd kan worden met *punitive damages*. Meerdere *punitive damages* vormen evenmin een groot probleem. De waarborgen van artt. 6 EVRM en 14 BUPO worden daarenboven eveneens gerespecteerd, gelet op het mogelijk strafkarakter van deze rechtsfiguur. Nochtans zijn er redenen om een versoepeling hiervan aan te nemen. Het EHRM vereist wel een bescherming tegen disproportionele vergoedingen.

De bezwaren kunnen dus weerlegd worden. De tegenstand berust vooral op behoudsgezindheid en de vrees voor systeemvreemdheid. *Punitive damages* kunnen dus ingevoerd worden. Een nieuw wetsartikel, nl. art. 1383bis BW, is hiervoor geschikt. De redactie moet nauwgezet gebeuren. Vooreerst moeten de categorieën van handelingen die in aanmerking komen voor *punitive damages* omschreven worden, rekening houdend met voormelde opmerkingen. De lucratieve fout, beginpunt van de problematiek, kan als volgt worden omschreven: ‘berekend, intentioneel en foutief gedrag, gericht op profijt of winst die de potentiële vergoeding aan de benadeelde zou overstijgen of evenaren’. Om geen slag in het water te zijn, kan dit gedrag weerlegbaar vermoed worden bij uiterst roekeloos handelen of nalaten met bewuste miskennis van andermans rechten. Hierbij moet door de benadeelde tevens een materieel voordeel, als gevolg van de schending van diens rechten, aannemelijk worden gemaakt. Eenzelfde sanctie kan dan vervolgens worden opgelegd bij een bedrieglijke fout, waar men zowel de handeling als schadelijke gevolgen wenst.

Daarnaast is ook de omvang, die afzonderlijk geraamd moet worden, van belang: een maximum is vereist. Hieraan kan tegemoet gekomen worden door het werken met een ratio tussen 0.1 en 5, een schaal die ingevuld wordt a.d.h.v. vooraf opgelegde factoren. Deze kunnen zijn: de omvang van de schadevergoeding, de geboekte winst van de schadeverwekker, de graad, aard en hoegrootheid van de normschending, de persoon van schadeverwekker en benadeelde, de duur en bereik van het schadeverwekkend gedrag en andere elementen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak. Een bijzondere motiveringsplicht, zowel voor de eiser als voor de rechtbank, wordt vereist. Een college van rechters moet daarenboven steeds uitspraak doen, als waarborg tegen willekeur, en hoger beroep moet steeds mogelijk zijn. De exclusieve bevoegdheid toekennen aan de rechtbank van eerste aanleg zou een mogelijke oplossing zijn.

Verzekerbaarheid is echter niet wenselijk, gelet op het repressieve en persoonlijke karakter, de ondergraving van de voornaamste doelstellingen van *punitive damages* door een ‘*moral hazard*’ en het verbod op verzekering van opzettelijke fouten. Hierover bestaat nochtans enige betwisting.

Tot slot wordt ook gekeken naar het buitenland. Zowel in Nederland, Frankrijk als in Duitsland is heel wat beweging waar te nemen. De drie landen staan op één of andere manier meer open voor de invoering van *punitive damages* dan België, zowel internrechtelijk als internationaal privaatrechtelijk. Dit is een teken aan de wand dat de vrees vanuit het Belgische recht minstens ten dele onterecht is.

Moraal van het verhaal: er moet aan het aansprakelijkheidsrecht gesleuteld worden en *punitive damages* zijn een waardige kandidaat. De bezwaren hiertegen zijn systematisch te weerleggen en een apart wetsartikel met de nodige beperkingen is een mooie oplossing. Bovendien plant de Minister van Justitie hervormingen in het juridische landschap. Dit schept opportuniteiten om het debat dat reeds eerder is aangezwengeld in een hogere versnelling te brengen, zodat er geanticipeerd zou kunnen worden op de verhoogde werklust.
