

Het Franse hervormingsproject buitencontractuele aansprakelijkheid: inspiratiebron voor de Belgische hervorming?

Burgerlijke boete voor de dader van lucratieve fouten
in het franse recht, ook in het belgische recht?

Dries Jongbloet

Onder wetenschappelijke begeleiding van:
Prof. dr. Ilse Samoy

INLEIDING

1. PUBLIEKE CONSULTATIE VAN HET VOORONTWERP – Op 29 april 2016 maakt Jean-Jacques Urvoas, de toenmalige Franse Minister van Justitie, een voorontwerp van wet openbaar. Het gaat om een voorontwerp aangaande de hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. De tekst was tijdelijk toegankelijk voor iedereen, waardoor iedereen zijn of haar bevindingen kon meedelen aan het Ministerie.¹ Hiermee wil hij de hervorming van de burgerlijke aansprakelijkheid verderzetten, die in 2016 gestart is met de hervorming van het contracten- en verbintenissenrecht.² Op 13 maart 2017 komt het Franse ministerie van Justitie met een aangepaste tekst naar buiten.³ Zodra de tekst is voorgelegd aan de Raad van State, is het aan het Franse parlement om het voorontwerp om te zetten naar een volwaardige wettekst.⁴

2. OUD WETBOEK, BIJZONDERE WETTEN EN WISPELTURIGE RECHTSPRAAK – De redenen voor deze hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht liggen voor de hand: de desbetreffende artikelen van de Code Civil dateren nog uit 1804 en zijn

¹ J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: vue d’ensemble de l’avant-projet”, *D.* 2016, (1386) 1386.

² J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: vue d’ensemble de l’avant-projet”, *D.* 2016, (1386) 1386.

³ Deze tekst is online beschikbaar op:

http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

⁴ J.-S. BORGHETTI, “Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017”, *D.* 2017, beschikbaar op: www.dalloz.fr; M. MEKKI, “Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017: des retouches sans refonte”, *Gaz. Pal.* 2017, beschikbaar op: www.lextenso.fr.

beperkt in aantal en bewoordingen, waardoor deze niet meer aangepast zijn aan de noden van de huidige maatschappij. Nadien zijn er veel bijzondere wetten gevolgd voor meerdere specifieke situaties, wat tot een wildgroei heeft geleid bij de bronnen van het recht.⁵ Ook de bestaande rechtspraak rond het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is, ten gevolge van de beknopte bepalingen in de Code Civil, gevarieerd, moeilijk en soms tegenstrijdig.⁶

3. OPNAAR EEN TOEGANKELIJK RECHT – Dit alles maakt ook duidelijk wat de doelstellingen van het hervormingsproject zijn. Ten eerste moet het recht weer leesbaar en duidelijk worden, zeker ten aanzien van slachtoffers.⁷ Ten tweede worden basisbegrippen als fout en schade in het voorontwerp wettelijk gedefinieerd. Ook de voorwaarden en gevolgen worden vastgelegd en de vaststaande rechtspraak wordt wettelijk verankerd.⁸ Tot slot worden de bijzondere aansprakelijkheidsregimes, zoals de productaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid bij verkeersongevallen in de Code Civil geïncorporeerd. Dit alles leidt tot (meer) rechtszekerheid en toegankelijkheid van het recht.⁹

4. NIEUWIGHEDEN INPASSEN EN ‘AMENDE CIVILE’ – Daarnaast wil de nieuwe wet ook moderniseren en vernieuwen. Het recht wordt aangepast aan de huidige samenleving en enkele heikele punten van het verbintenissenrecht worden op punt gesteld. De grootste vernieuwing is de invoering van een ‘*amende civile*’ die een ontradend karakter wil geven aan de lucratieve fout.¹⁰

⁵ J.-S. BORGHETTI, “Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017”, *D.* 2017, beschikbaar op: www.dalloz.fr; M. MEKKI, “Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017: des retouches sans refonte”, *Gaz. Pal.* 2017, beschikbaar op: www.lexenso.fr.

⁶ J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: vue d’ensemble de l’avant-projet”, *D.* 2016, (1386) 1387-1388; G. MARRAUD DES GROTTES, “Entretien avec Jean-Jacques Urvoas”, *RLDC* 2016, numéro 138, (35) 35; G. VINEY, “Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité”, *JCP(G)* 2016, (169) 169-171.

⁷ J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: vue d’ensemble de l’avant-projet”, *D.* 2016, (1386) 1388; G. MARRAUD DES GROTTES, “Entretien avec Jean-Jacques Urvoas”, *RLDC* 2016, numéro 138, (35) 35.

⁸ G. VINEY, “Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité”, *JCP(G)* 2016, (169) 171-177.

⁹ G. MARRAUD DES GROTTES, “Entretien avec Jean-Jacques Urvoas”, *RLDC* 2016, numéro 138, (35) 35.

¹⁰ Zie artikel 1266-1 van het voorontwerp. J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: commentaire des principales dispositions”, *D.* 2016, (1442) 1449.

a. Probleemstelling

5. INTEGRALE SCHADEVERGOEDING – Wanneer een persoon iemand schade berokkent, moet hij de veroorzaakte schade vergoeden.¹¹ Deze schadeloosstelling moet volgens het Belgische¹² en het Franse¹³ aansprakelijkheidsrecht steeds een integrale vergoeding inhouden. De focus ligt dus op de schade en het slachtoffer, omdat het slachtoffer in die toestand moet gebracht worden waarin hij zich zou bevinden indien de fout zich niet had voorgedaan.¹⁴ Enkel de veroorzaakte schade moet worden vergoed, maar ook niet meer dan dat: de rechter mag geen rekening houden met bijvoorbeeld de zwaarte van de fout, de financiële toestand van de partijen of de eventuele winst die de dader door de onrechtmatige daad behaalt.¹⁵ De rechter zal de schade *in concreto* beoordelen, wat betekent dat de rechter zal kijken naar de concrete situatie van het slachtoffer om de schadevergoeding te bepalen.¹⁶ Indien dit niet mogelijk is, zal de rechter de schade ramen aan de hand van een billijke *ex aequo*-beoordeling.¹⁷ Herstel in natura is de meest gewenste vorm van schadeloosstelling. Omdat herstel in natura evenwel vaak niet meer mogelijk is of onvoldoende blijkt, zal de schadeverwekker de schade vaak bij equivalent vergoeden, onder de vorm van een geldelijke vergoeding.¹⁸ Daarom zal ik dit onderzoek ook beperken tot de bestrijding van de lucratieve fout door middel van een schadevergoeding bij equivalent.

¹¹ J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 237; D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II: Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1999, 20; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2013, 100.

¹² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome deuxième: les incapables, les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 1065; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2013, 100; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. Tome II: Les obligations. Volume 2: Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1649.

¹³ M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, tome 5: Les obligations et la responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, Economica, 2016, 715; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 154; Y. LEQUETTE, P. SIMLER en F. TERRE, *Droit civil: les obligations*, Parijs, Dalloz, 2013, 959.

¹⁴ D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II: Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1999, 20-21; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. Tome II: Les obligations. Volume 2: Sources des obligations*, 1647; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 155; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, n°2525, 906.

¹⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome deuxième: les incapables, les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 1064-1065; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 463; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, tome 5: Les obligations et la responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, Economica, 2016, 716; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, n°2522, 905.

¹⁶ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile II. Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation* in G. CISELET, J. RICHARD en P. SIMON (eds.), *Les Nouvelles. Droit civil*, Brussel, Larcier, 1962, 742; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome deuxième: les incapables, les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 1066; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, tome 5: Les obligations et la responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, Economica, 2016, 719; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, n°2507, 899 en n°2515, 902.

¹⁷ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUTHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 210-211; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 182.

¹⁸ H. DE PAGE, op. cit., 1067-1068; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2013, 100; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., 1652; P. LE TOURNEAU, op. cit., n°2449 en 2452, 885 en 887; Y. LEQUETTE, P. SIMLER en F. TERRE, op. cit., 958-959.

6. OPKOMST VAN DE LUCRATIEVE FOUT – De laatste decennia krijgen de slachtoffers en hun claims tot vergoeding van hun schade steeds meer aandacht, vermits er meer schadeposten opduiken. De technologische vooruitgang zorgt ervoor dat er meer en nieuwe risico's opduiken.¹⁹ De evolutie van de maatschappij brengt met zich mee dat er situaties ontstaan waarin de daders winst maken of een voordeel halen door iemand schade te berokkenen en nadien de schade te vergoeden.²⁰ Een dader kan beslissen om de persoonlijkheidsrechten van een populaire persoon bewust te schenden door bijvoorbeeld een foto van die persoon zonder toestemming te gebruiken voor reclamedoelinden.²¹ Indien die persoon hiervoor een schadevergoeding vraagt, dan zal de dader die graag betalen. De dader hoopt op een grote winst (door middel van die reclame) die hoger zal liggen dan de schadevergoeding die hij moet betalen. De dader kan in bovenstaande geval een voordeel verkrijgen door de schade te vergoeden omdat hij slechts de schade moet vergoeden. Men kijkt enkel naar de schade en het slachtoffer, en niet naar de dader en zijn mogelijke winst.²² Aldus is er geen enkele reden voor de dader om zijn gedraging niet opnieuw te stellen.²³ Dit is het gevolg van de afwezigheid van het punitief karakter in het Belgisch-Franse vergoedingsrecht.²⁴ In principe komen lucratieve fouten voor in contractuele²⁵ en in buitencontractuele²⁶ situaties.²⁷ Binnen het bestek van deze masterscriptie zal ik me beperken tot het behandelen van buitencontractuele

¹⁹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 10. Zie ook: J. ROCHFELD, *Les grands notions du droit privé*, Parijs, Thémis, 2013, 481-549.

²⁰ D. FASQUELLE, "L'existence de fautes lucratives en droit français", *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

²¹ Gebaseerd op de zaken rond Kim Clijsters: Rb. Hasselt 19 december 2003, *AM* 2004, 388 en Rb. Gent 19 november 2003, *AM* 2004, 384, aangehaald door B. WEYTS, "Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all", *RW* 05-06, (1641) 1641.

²² B. WEYTS, "Opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht: the story continues" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (265) 271; J. MEADEL, "Faut-il introduire la faute lucrative en droit français?", *PA* 2007, beschikbaar op: www.lextenso.fr.

²³ B. WEYTS, "Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all", *RW* 05-06, (1641) 1641; A. GARRAUD, "La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité", *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

²⁴ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUTHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 26; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 8.

²⁵ Bijvoorbeeld door ondernemingen die consumenten slechts een klein nadeel aansmeren, maar dit dan wel op grote schaal bij duizenden consumenten toepassen, waardoor er een grote winst gerealiseerd wordt. De individuele consument zal niet snel actie ondernemen, vermits de schade te laag ligt. Het is dan ook daar dat de producent op hoopt, zoals in de zaak-Margnat, aangehaald in R. MESA, "Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime", *JCP(G)* 2012, (1017) 1021. Ook overboeking van vliegtuigzittingen behoort tot deze categorie. Zie: J. MEADEL, "Faut-il introduire la faute lucrative en droit français?", *PA* 2007, beschikbaar op: www.lextenso.fr. Een laatste voorbeeld is de illegale onderverhuur van woningen. Zie: B. DEVOLDER, "Terbeschikkingstelling van kamers en woningen via aan internetplatform: verboden bestemming en onderhuur?", *TBBR* 2016, (378) 389. Ook het arrest van de Hoge Raad in Nederland Doerga/Ymere handelende over deze problematiek. HR (NL) 18 juni 2010, *NJ* 2015/32 (*Doerga/Ymere*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigator.nl.

²⁶ Voorbeelden van buitencontractuele lucratieve fouten worden later verder uitgewerkt.

²⁷ I. VINGIANO-VIRCIÉL, "La faute lucrative: une notion en construction en droit français", *RTD Com.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

lucratieve fouten, omdat het Franse voorontwerp enkel deze lucratieve fouten viseert.

7. TOEPASSINGSGEVALLEN – Deze buitencontractuele lucratieve fouten komen vooral voor in de domeinen van de pers aansprakelijkheid, het intellectuele eigendomsrecht, oneerlijke concurrentie en milieuvervuiling. In deze gevallen gaat het vaak over morele schade (pers aansprakelijkheid en intellectuele eigendom) of schade die moeilijk geschat kan worden (oneerlijke concurrentie en milieuvervuiling), zodat in die gevallen meestal een schadevergoeding *in abstracto* becijferd wordt. De kans bestaat dus dat de volledige schade nooit wordt vergoed, wat de kans vergroot voor de dader om er winst uit te puren.²⁸

8. HANDHAVING HAPERT – Op het vlak van onrechtmatige concurrentie, intellectuele eigendom en milieuschade doet men vaak een beroep op het strafrecht om dergelijke gevallen te vermijden. In het geval van de schending van persoonlijkheidsrechten (vaak door de pers) is een strafsanctie niet efficiënt. Persmisdrijven worden berecht voor het Hof van Assisen en draaien vaak uit op vrijspraak van de media.²⁹ De burgerlijke vordering levert vaak een te lage schadevergoeding op.³⁰ Daarnaast is het (straf)proces erg tijdrovend, zodat weinig mensen de moed en/of de tijd hebben om daaraan te beginnen.³¹ De kosten-baten analyse kan ook bij het Openbaar Ministerie voor een negatieve impuls zorgen, waardoor kleine misdrijven helemaal niet berecht worden.³² Ook het pecuniaire aspect van een proces wordt vaak vergeten. Het is niet ondenkbaar dat slachtoffers beslissen om geen gerechtelijke stappen te ondernemen, omdat de daaraan verbonden kost te hoog ligt.³³ Het strafrecht biedt dan wel een uitweg, maar het lijkt voor vele mensen moeilijk om die weg te vinden.

9. FRANSE OPLOSSING? – Het Franse voorontwerp van wet bevat een bepaling die deze lucratieve fouten in het privaatrecht wil bestrijden. Daartoe voorziet het Franse voorontwerp in artikel 1266-1 in de zogenaamde burgerlijke boete. De vraag die deze masterscriptie wil onderzoeken is of deze

²⁸ De kans bestaat natuurlijk ook dat bij een schadevergoeding naar billijkheid de werkelijk geleden schade overstijgt.

²⁹ E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14, (522) 535; M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 101.

³⁰ E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14, (522) 534-535.

³¹ Ik ben me er van bewust dat het burgerlijk proces ook veel tijd in beslag neemt, maar het burgerlijk proces heeft geen onderzoeksfase, waardoor het strafproces pas later van start kan gaan.

³² H.O. KERKMEESTER, “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, (1807) 1808

³³ J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: vue d’ensemble de l’avant-projet”, *D.* 2016, (1386) 1388. Zie ook: L.T. VISSCHER, “Economic Analysis of Punitive Damages”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, 2009, (219) 223. Denk maar aan de huidige economie, die gedomineerd wordt door multinationals, waarin weinig kleinere ondernemingen de moed, het geld of de tijd hebben om te procederen tegen kapitaalcrachtigere bedrijven.

tekst een oplossing dan wel een inspiratiebron kan zijn voor de bestrijding van lucratieve fouten in het Belgische recht:

“En matière extracontractuelle, lorsque l’auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d’obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d’une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l’auteur et aux profits qu’il en aura retirés.

L’amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.

Si le responsable est une personne morale, l’amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d’affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d’un des exercices clos depuis l’exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d’un fonds d’indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

Elle n’est pas assurable.”

b. Onderzoeksvragen

10. De centrale onderzoeksvraag luidt: *“Is de burgerlijke boete, zoals verwoord in artikel 1266-1 van het Franse voorontwerp van wet aangaande de hervorming van de buitencontractuele aansprakelijkheid, een gepaste oplossing voor de bestrijding van lucratieve fouten in het Belgische recht?”* Eerst zal ik onderzoeken wat de lucratieve fout net inhoudt. De eerste sub-vraag van dit onderzoek is dus: *“Wanneer is er sprake van een lucratieve fout?”* Om de invoering van een burgerlijke boete goed te kunnen beoordelen, zal ik deze figuur plaatsen naast andere mechanismen die mogelijk ook kunnen dienen om de lucratieve fout in te dammen. De tweede sub-vraag wordt dan: *“Op welke wijze kan een lucratieve fout bestreden worden?”* Als slot volgt de evaluatie van de burgerlijke boete zelf: *“Is de burgerlijke boete – zoals voorgesteld in het Franse voorontwerp van wet – (ook voor België) de meest aangewezen remedie?”*

c. Onderzoeksmethode

11. DEZELFDE PROBLEMATIEK IN TWEE RECHTSSTELSELS MET DEZELFDE OORSPRONG – Om antwoorden te vinden op mijn onderzoeksvragen zal ik de methode van externe rechtsvergelijking toepassen. Ik zal een vergelijking maken tussen het Franse recht en het Belgische recht. Het Franse en het Belgische aansprakelijkheidsrecht hebben dezelfde oorsprong, namelijk de Code Napoléon, en behoren dus tot dezelfde rechtsfamilie. De benadering van het aansprakelijkheidsrecht is daarom bijna identiek in Frankrijk als in België. Beide landen kennen ook dezelfde problematiek van de lucratieve fout. Omdat beide landen geen wetgevende veranderingen hebben doorgevoerd in het aansprakelijkheidsrecht sinds de passage van Napoléon én omdat beide landen bezig zijn met een hervorming op dat vlak, is het interessant om te kijken welke oplossingen er mogelijk zijn in beide landen. De toegankelijkheid van de bronnen is ook een argument om het Franse recht te bestuderen. Aangezien ik gedurende de eerste fase van de masterproef in Frankrijk verbleef, in het kader van een Erasmus-uitwisseling, kon ik daar dit interessante onderzoek starten. Op dat moment was het Franse

hervormingsproject in volle ontwikkeling en had ik makkelijk toegang tot de eerste reacties die dat losmaakte. Tot slot wil ik duidelijk maken dat ik me zal baseren op de tekst van artikel 1266-1 van het voorontwerp zoals die nu voorligt. Of deze tekst, na advies van de Raad van State, ook effectief tot wet verheven wordt, blijft op dit moment afwachten. Deze tekst zal dus de basis vormen van deze masterscriptie, ongeacht of ze wettelijke waarde krijgt of niet.

12. HERVORMING IN NEDERLAND – Omdat de Code Napoléon ook in voege was in Nederland is het ook interessant om een vergelijking te maken met Nederland. Na het vertrek van Napoléon heeft Nederland zijn burgerlijk recht wel grondig veranderd en kan het dus als inspiratie dienen voor België (of Frankrijk). Bovendien heeft Nederland een mogelijke oplossing voor de lucratieve fout voorhanden in haar wetgeving, namelijk de winstafdracht, én blijkt dat de Franse oplossing in eigen land ook op nog wat kritiek stuit. Ik zal hier vooral ingaan op de punten waar het Nederlands recht soelaas kan bieden.

13. OUD ENGELAND – Zowel in België³⁴ als in Frankrijk³⁵ vermelden sommige auteurs de figuur van ‘punitive damages’ als eventuele oplossing voor de rechtsonzekerheid die de rechtspraktijk met zich meebrengt. Omdat de bakermat van de ‘punitive damages’ in het Verenigd Koninkrijk ligt en aldus daar in de meest zuivere vorm terug te vinden is, zal ik enkel de ‘punitive damages’ van het Verenigd Koninkrijk bespreken en niet die van de Verenigde Staten. Overigens is het Engels recht gebaseerd op een systeem dat bijna geen Napoleontische invloed heeft ondervonden en helemaal verschilt van het continentale systeem. Op dit punt kan een bespreking van deze figuur een groter overzicht geven op de bestrijding van de problematiek van de lucratieve fout. Ik zal me beperken tot de bespreking van de ‘punitive damages’ en zal dus niet zoeken naar een omschrijving van de lucratieve fout in het Engels recht.

14. GERECHTELIJK RECHT – Het Belgische en Franse procesrecht bevatten beiden een burgerlijke boete die tergende en roekeloze gedingen aan banden willen leggen. Daarom zal ik ook een internrechtelijke rechtsvergelijking toepassen en een blik werpen op deze figuren uit het gerechtelijk recht.

³⁴ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht”, *TPR* 2007, 799-873; E. DE KEZEL, “The protection and enforcement of private interests by (the recognition of US) 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, 213-241; E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14 (522) 536; I. VRANCKEN, “Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht”, *TBBR* 2014, (426) 430-448.

³⁵ E. JUEN, “Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français”, *RTD. Civ.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr; S. PIEDELIEVRE, “Les dommages et intérêts punitifs: une solution d’avenir”, *Resp. civ. ass.* 2001, afl. 6bis, 68-72; R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; A. VIGNON-BARRAULT, “Les dommages et intérêts punitifs” in P. PIERRE en F. LEDUC (eds.), *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux*, Brussel, Larcier, 2012, 84-96.

15. EVALUATIECRITERIA – Ik zal de burgerlijke boete in het Franse voorontwerp tegen het licht houden en vergelijken met de hierboven vernoemde rechtsfiguren. Dit zal ik doen aan de hand van de volgende evaluatiecriteria. Het eerste criterium is de conformiteit met het principe van de integrale schadeloosstelling. Dit lijkt me een pertinent criterium, omdat dit nog steeds het geldende principe is in het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Ten tweede zal ik de onderzochte figuren toetsen aan het vereiste van rechtszekerheid. Tot slot passeert ook een rechtseconomische toets, met de vraag of de besproken rechtsfiguren een werkelijke oplossing bieden voor de lucratieve fout. Vermits ik geen empirische gegevens bezit, zal ik dit criterium proberen in te vullen aan de hand vanuit een meer theoretische onderbouwing. Doorheen de uiteenzetting zal ik ook peilen naar het strafrechtelijk karakter van de rechtsfiguren, omdat de strafrechtelijke waarborgen gerespecteerd moeten worden indien dit karakter aanwezig is.

d. Onderzoeksplan

16. STAPPENPLAN – In het eerste deel van deze masterscriptie zal ik via een klassieke bronnenstudie de problematiek van de lucratieve fouten omschrijven en illustreren met een paar voorbeelden. In het tweede deel geef ik vervolgens een uitgebreid overzicht van mogelijke oplossingen voor deze problematiek, waaronder de burgerlijke boete, in het Belgische, Nederlandse, Engelse en het (toekomstige) Franse recht aan de hand van externe rechtsvergelijking. Omdat deze landen allemaal worstelen met het probleem, maar op een andere manier behandelen, zal ik deze vergelijking probleemgericht aanpakken. Dit zal ik doen om de specifieke kenmerken van de burgerlijke boete beter te kunnen beoordelen. In het derde deel bespreek ik de burgerlijke boete, zoals die voorkomt in het gerechtelijk recht en de burgerlijke boete uit het Franse voorontwerp. Tot slot ga ik in het vierde deel na of de burgerlijke boete – zoals voorgesteld in het Franse voorontwerp – het beste middel is om de lucratieve fout te beteugelen.

1. BEGRIP LUCRATIEVE FOUT

1.1. PRINCIPE VAN INTEGRALE SCHADELOOSSTELLING

17. DE DADER IS GEHOUDEN TOT SCHADELOOSSTELLING – “*Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*” (eigen onderlijning).³⁶ Deze gekende regel is vandaag de hoeksteen van het Franse en het Belgische buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.³⁷ Wanneer een persoon bij iemand anders schade teweegbrengt, is deze persoon gehouden om die schade te vergoeden. Deze vergoeding, schadeloosstelling genoemd, is dus een

³⁶ Artikel 1420 CC. De hervorming van het verbintenissenrecht van 2016 in Frankrijk heeft ook een nieuwe indeling met zich meegebracht. Deze formulering staat nu in art. 1240 van de Code Civil (hierna: CC) in plaats van art. 1382 CC; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 2.

³⁷ In België is deze regeling ingeschreven in artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

verplichting die rust op de schadeverwekker om de veroorzaakte schade te herstellen.³⁸

18. ALLE SCHADE MOET VERGOED WORDEN – Deze schadeloosstelling moet volgens het Belgische³⁹ en het Franse⁴⁰ aansprakelijkheidsrecht een integrale vergoeding inhouden. De vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht primeert in beide rechtstelsels.⁴¹ Dit blijkt ook uit de formulering van het artikel uit de Code Civil van 1804 (zie supra nr. 0). De focus wordt aldus gelegd op de schade en het slachtoffer, omdat het slachtoffer in die toestand moet gebracht worden waarin hij zich zou bevinden indien de fout zich niet had voorgedaan.⁴² Dit principe houdt in dat enkel de veroorzaakte schade moet worden vergoed, maar ook niet meer dan dat.⁴³ Vermits enkel de schade vergoed mag worden, mag de rechter ook geen rekening houden met de zwaarte van de fout of elk ander criterium (zie supra nr. 0). De geleden schade vormt de enige maatstaf.⁴⁴

³⁸ J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 237; D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II: Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1999, 20; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2013, 100.

³⁹ Cass. 15 mei 1941, *Pas.* 1941, I, 192; N. CARETTE, R. DEKKERS, K. VANHOVE en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht, III. Verbintenissen, bewijsleer, gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 177; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., 1649; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 665.

⁴⁰ Cass. (FR) 1 april 1963, *JCP(G)* 1963, II, 13408, noot P. ESMEIN, *D.* 1963, 453, noot MOLINIER; Cass. (FR) 13 november, *D.* 2013, 2695, *RCA* 2014, n°44, obs. CORGAS-BERNARD; M. BACACHE-GIBEILLI, op. cit., 715; Y. LEQUETTE, P. SIMLER en F. TERRE, op. cit., 959.

⁴¹ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUTHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 25; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 11; Y. LEQUETTE, P. SIMLER en F. TERRE, op. cit., 959.

⁴² Voor België: Cass. 19 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 334, *Pas.* 2001, 332 en *T.Verz.* 2001, 780; Cass. 9 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 919, *Pas.* 2003, 765, *JLMB* 2005, 197, noot en *T.Verz.* 2004, 127; Cass. 5 mei 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1157; *AM* 2012, 437, concl. A. HENKES, *ICIP* 2011, 50, *Pas.* 2011, 1272, concl. HENKES, *RCJB* 2012, 363, noot L. VAN BUNNEN, *RGAR* 2012, nr. 14846, noot N. ESTIENNE en *TBBR* 2012, 247, noot P. WERY; J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 236; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., 1647.

Voor Frankrijk: Cass. (FR) 2^e civ., 28 oktober 1954, *Bull. civ.* 1954, II, n°328, noot R. SAVATIER, *RTD civ.* 1955, 324, obs H. et L. MAZEAUD, geciteerd door M. BACACHE-GIBEILLI, op. cit., 716; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 155; P. LE TOURNEAU, op. cit., n°2525, 906.

⁴³ Voor het Belgische Hof van Cassatie: Cass. 28 oktober 1974, *Arr. Cass.* 1975, 270 en *Pas.* 1975, I, 248; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 462; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., 2013, 1648.

Voor Frankrijk: Cass. (FR) 1 april 1963, *JCP(G)* 1963, II, 13408, noot P. ESMEIN, *D.* 1963, 453, noot MOLINIER; P. LE TOURNEAU, op. cit., n°2525, 906.

⁴⁴ Voor België: Cass. 15 mei 1941, *Pas.* 1941, I, 192; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile II. Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation* in G. CISELET, J. RICHARD en P. SIMON (eds.), *Les Nouvelles. Droit civil*, Brussel, Larcier, 1962, 744; H. DE PAGE, op. cit., 1064-1065; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 666.

Voor Frankrijk: Cass. (FR) 9 november 2004, *Bull. Civ.* 2004, I, 220, n°264; M. BACACHE-GIBEILLI, op. cit., 716; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 160.

19. VAN EEN CONCRETE NAAR EEN ABSTRACTE BENADERING – Elk individueel slachtoffer staat in het Franse en het Belgische aansprakelijkheidsrecht centraal. Hierdoor is er in beide rechtstelsels nood aan een concrete beoordeling van de schade.⁴⁵ Dit houdt in dat de rechter rekening moet houden met de concrete situatie van het slachtoffer om de schadevergoeding te berekenen, wat de feitenrechters een beoordelingsvrijheid geeft.⁴⁶ Echter, deze *in concreto*-beoordeling is niet altijd mogelijk, zeker niet wanneer het gaat om morele schade of schade die moeilijk te berekenen is. In dat geval stappen rechters over op een billijke *ex aequo*-beoordeling en kennen zij een abstracte schadevergoeding toe.⁴⁷ Bij dergelijke abstracte beoordeling bestaat het risico dat niet alle schade vergoed wordt, omdat de rechter een billijke vergoeding toekent.

20. AFWIJINGEN OP DIT PRINCIPE – Het principe van de integrale schadeoosstelling is echter niet absoluut. P. GILLAERTS illustreert dit uitgebreid aan de hand van wetgevende ingrepen en rechterlijke afwijkingen in België en vergelijkt dit met Frankrijk en Nederland.⁴⁸ Hij haalt wettelijk beperkte aansprakelijkheden⁴⁹ aan, net zoals de rechtspraak inzake morele schade en rechtsmisbruik. Ook in het geval van voordeelstoerekening kan er geen integrale schadevergoeding plaatsvinden. Indien er voor het slachtoffer naast de schade ook een voordeel voortspuit uit de onrechtmatige daad, dan wordt het bedrag van dit voordeel in mindering gebracht van de te betalen schadevergoeding.⁵⁰

⁴⁵ J. RONSE, *Aanspraak op schadeoosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 255; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 666; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 182; P. LE TOURNEAU, op. cit., n°2525, 906.

⁴⁶ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile II. Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation* in G. CISELET, J. RICHARD en P. SIMON (eds.), *Les Nouvelles. Droit civil*, Brussel, Larcier, 1962, 742; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 463; M. BACACHE-GIBEILLI, op. cit., 2016, 719; P. LE TOURNEAU, op. cit., n°2507, 899 en n°2515, 902.

⁴⁷ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 210-211; I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 135-136; J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2010, 182.

⁴⁸ P. GILLAERTS, “Deviating from the principle of full compensation in Belgian tort law” in I. SAMOY en S. STIJNS (eds.), *Instituut voor Verbintenissenrecht KU Leuven*, Brugge, die Keure, 2017, 252p.

⁴⁹ Zoals de beperkte aansprakelijkheid voor de notaris, de wet op de Productaansprakelijkheid, art. 1386bis BW en artikel 11bis Raad van State-wet.

⁵⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 685. De voordeelstoerekening is nu ook verankerd in art. 5.185 van het Belgische voorontwerp van wet houdende de invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek. In het Franse voorontwerp vinden we dit niet terug.

1.2. DE LUCRATIEVE FOUT

1.2.1. Ontwikkeling van de lucratieve fout in bepaalde rechtsdomeinen

21. Zoals vermeld komen de lucratieve fouten voor in contractuele en buitencontractuele relaties (zie supra nr. 5). Hieronder probeer ik het probleem van de buitencontractuele lucratieve fout duidelijk te maken aan de hand van drie toepassingsgevallen.

a. Schending van het privéleven en de persoonlijkheidsrechten

22. EXTRA-PATRIMONIAAL KARAKTER VAN MORELE SCHADE – De schending van persoonlijkheidsrechten zorgt voor morele schade.⁵¹ De vergoeding van morele schade wordt in België gestoeld op artikel 1382 Burgerlijk Wetboek (hierna BW).⁵² Morele schade is zo'n voorbeeld van schade waar geen cijfer op te plakken valt. Het is immers geen schade aan het vermogen.⁵³ Het is schade die de slachtoffers heel hun leven meedragen, door geen enkele vorm van compensatie vergoed kan worden en dus in principe niet volledig te vergoeden valt.⁵⁴ Morele schade kan dus uit haar aard zelf nooit (volledig) vergoed worden.⁵⁵ De Indicatieve Tabel, een overzicht van forfaitaire bedragen die als richtlijn kunnen dienen om onder andere morele schade te vergoeden, biedt wel een hulp voor de rechters.⁵⁶

23. PERSAANSPRAKELIJKHEID – Vaak kent de rechter toch nog een morele schadevergoeding toe, al was het maar om de schade te erkennen.⁵⁷ Met deze

⁵¹ E. GULDIX en A. WYLLEMAN, “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1999, (1589) 1651; E. LANGENAKEN, “L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits”, *TBBR* 2011, (422) 434.

⁵² E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14, (522) 523; B. WEYTS, “Punitieve elementen in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (173) 186.

⁵³ I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 142; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 659.

⁵⁴ I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 142.

⁵⁵ B. DE TEMMERMAN, G. JOCQUE, C. PERSYN en A. VAN OEVELEN, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 1097; X. THUNIS en B. FOSSEPREZ, “Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport belge” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (237) 267.

⁵⁶ I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 144-146.

⁵⁷ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 214;

geldelijke genoegdoening kunnen de slachtoffers dan “*een andere vorm van geluk nastreven*”.⁵⁸ De morele schade valt immers niet te vergoeden, maar de compensatie die ze hiervoor krijgen kunnen ze wel besteden aan andere (materiële) dingen, waarmee ze mogelijk gelukkig kunnen worden. De rechtspraak kent meestal een lage vergoeding toe voor morele schade, wat zorgt voor daders die weer gaan rekenen.⁵⁹ Ze kan immers geen beroep doen op de Indicatieve Tabel in het geval van schending van persoonlijkheidsrechten, vermits deze daar geen bedragen voor bevat.⁶⁰ Vooral de media rekenen hierop, omdat ze alles doen voor die ene foto of roddel die hun omzet kan doen stijgen.⁶¹ E. MONTERO spreekt in dit verband zelfs over een quasi-immuniteit van de pers, waardoor ze een extra prikkel krijgt om de onrechtmatige daad opnieuw te stellen.⁶² Hij vindt dan ook dat het aansprakelijkheidsrecht in dit domein meer moet overschakelen naar een bestraffende functie.⁶³

24. FRANKRIJK – In Frankrijk behoort de extra-patrimoniale morele schade ook tot een van de schadeposten onder de regeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid.⁶⁴ De schadevergoeding zal dus nooit volledig zijn, vermits de gedachte dat de toekenning van een geldsom immaterieel verlies volledig kan ongedaan maken, afgekeurd moet worden.⁶⁵ Toch kennen de rechters een schadevergoeding toe, al was het maar om de morele en materiële schade op gelijke voet te behandelen.⁶⁶ Deze vergoeding zou dan eerder een

B. DE TEMMERMAN, G. JOCQUE, C. PERSYN en A. VAN OEVELEN, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 1097.

⁵⁸ I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 142.

⁵⁹ J.-L. FAGNART, “La peine privée: une réalité qui dérange?” in X, *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, (133) 162; E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14, (522) 534. Zie ook: D. DE CATALLAY en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol II. Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 483-502.

⁶⁰ 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) 185.

⁶¹ Zo ook in Nederland: E.M. VAN DER HEIJDEN, “Punitieve damages en de calculerende schadeveroorzaker” *NJB*, 2001, 1749-1756; R. VAN SCHAİK, “De calculerende pers. Smartengeld bij onrechtmatige perspublicaties”, *Mediaforum* 1999, 167-173.

⁶² E. MONTERO, “La responsabilité civile des médias” in A. STROWEL en F. TULKENS (eds.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Brussel, Larcier, 1998, (95) 125.

⁶³ E. MONTERO, “La responsabilité civile des médias” in A. STROWEL en F. TULKENS (eds.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Brussel, Larcier, 1998, (95) 128-132.

⁶⁴ M. BACACHE-GIBEILL, op. cit., 516; S. CARVAL, J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2013, 60; P. LE TOURNEAU, op. cit., n°1553, 600.

⁶⁵ Bijvoorbeeld: het verlies van een naaste, schending van de reputatie... P. LE TOURNEAU, op.cit., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, n°1553, 600.

⁶⁶ Volgens het Franse Hof van Cassatie moeten deze immers op dezelfde wijze vergoed worden: Cass (FR) 3 juni 2010, *Bull. civ.* 2010, I, , n°128, *JCP(G)* 2010, 788, noot S. PORCHY-SIMON, *D.* 2010, 1484, obs. I. GALLMEISTER, *D.* 2010, 1522, noot P. SARGOS, *RDSS* 2010, 375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN, *PA* 2010, noot R. MISLAWSKI, *JCP(G)* 2010, I, 1015, obs. PH STOFFEL-MUNCK, *D.* 2011 obs. O. BERG.

voorbeeldfunctie hebben en geen vergoedende functie.⁶⁷ De persoonsaansprakelijkheid is in Frankrijk, sinds het *Erulin*-arrest⁶⁸, wel beperkt in die mate dat er enkel een schadevergoeding mogelijk is wanneer de onrechtmatige daad geen overtreding van de wet van 29 juli 1881 uitmaakt.⁶⁹ De burgerrechtelijke aansprakelijkheid fungeert hier dus als het ware als opvangnet.⁷⁰

b. Oneerlijke concurrentie

25. VERGOEDING OP BASIS VAN NATIONAAL RECHT – De vergoeding en de begroting van de schade geleden door de schending van het Europees mededingingsrecht dient te gebeuren op basis van de nationaalrechtelijke principes.⁷¹ Het Hof van Justitie heeft in het baanbrekende arrest *Courage/Crehan* expliciet gezegd dat het een beroep doet op de private actoren om bij te dragen aan de handhaving van het Europees mededingingsrecht.⁷² Nadien hebben ook de Europese Commissie en het Europees Parlement de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht meer en meer gepromoot.⁷³

26. RICHTLIJN 2014/104/EU – Om de handhaving in heel de Unie op dezelfde wijze te garanderen, vaardigde de Europese Commissie de richtlijn 2014/104/EU uit.⁷⁴ Ze verandert echter niet veel aan het Belgische vergoedingsrecht.⁷⁵ De richtlijn stelt het vergoedende karakter voorop:

⁶⁷ P. LE TOURNEAU, op. cit., n°1553, 601.

⁶⁸ Cass (FR) 12 juli 2000, *Bull. ass. plén.* 2000, n°8, D. 2000, 463, obs. P. JOURDAIN, *RTD Civ.* 2000, 845, obs. P. JOURDAIN, *RTD Civ.* 2000, 842, obs. P. JOURDAIN, *PA* 14 augustus 2000, 4, noot E. DERIEUX, *JCP(G)*, I, 280, obs. G. VINEY, *CCE* 2000, n°108, obs. LEPAGE.

⁶⁹ Deze wet regelt de gevallen waarin sprake is van laster en eeroof. Het Hof van Cassatie koos dus voor een grote bescherming van de persvrijheid. S. CARVAL, J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2013, 67-68.

⁷⁰ S. CARVAL, J. GHESTIN, P. JOURDAIN en G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2013, 67-68; P. LE TOURNEAU, op. cit., n°1645, 638-639.

⁷¹ A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “De privaatrechtelijke handhaving van artikel 101 en 102 VWEU” in V. DEHAECK en A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Overzicht van rechtspraak Europees Mededingingsrecht (1 januari 1982-31 december 2013)”, *TPR* 2014, (1525) 1530.

⁷² HvJ 20 september 2001 *Courage/Crehan*, nr. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, paragraaf 27.

⁷³ P. GILLAERTS, “De impact van Richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?”, *RW* 16-17, (1203) 1203; S. CARVAL, “Les dommages économiques ‘purs’. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (779) 782.

⁷⁴ Richtlijn 2014/104/EU van 26 november van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *Pb. L* 349, 5 december 2014; P. GILLAERTS, “De impact van Richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?”, *RW* 16-17, 1203-1218; A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “De privaatrechtelijke handhaving van artikel 101 en 102 VWEU” in V. DEHAECK en A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Overzicht van rechtspraak Europees Mededingingsrecht (1 januari 1982-31 december 2013)”, *TPR* 2014, (1525) 1541-1545.

⁷⁵ Voor een uitgebreide bespreking: P. GILLAERTS, “De impact van Richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?”, *RW* 16-17, 1203-1218. De richtlijn wou de bewijzproblematiek verlichten, de slachtoffers aan te moedigen om sneller actie te ondernemen en om de vergoeding

overcompensatie is niet toegelaten, in welke vorm dan ook.⁷⁶ De richtlijn werd in België omgezet in het Wetboek Economisch Recht (hierna: WER).⁷⁷ In Frankrijk werd de berekeningswijze van de richtlijn ingeschreven in art. L-481-3 van de Code du Commerce.⁷⁸

27. MOEILIJKE BEGROTING VAN DE SCHADE – Het probleem is nog steeds dat de geleden, zuiver economische schade ten gevolge van een inbreuk op het mededingingsrecht uit haar aard moeilijk te begroten valt, wat erkend wordt door de Europese Commissie zelf.⁷⁹ De rechter zal de schade in dat geval naar billijkheid begroten.⁸⁰ Dit kan leiden tot een teleurstellend resultaat voor het slachtoffer.⁸¹ Op het gebied van oneerlijke concurrentie is de schade vaak aan de zwaarte van de fout of aan de gerealiseerde winst gelinkt⁸², terwijl de schadevergoeding hier in principe geen rekening mee mag houden (zie supra nr. 0).

28. PEUGEOT VERSUS ECOSYSTEM – Maar zelfs indien de schade volledig vergoed wordt, kan de dader nog een winst overhouden. Een voorbeeld van een lucratieve fout, ten gevolge van de schending van het mededingingsrecht, is de zaak van Peugeot tegen Ecosystem. Ecosystem, een Frans bedrijf, bood de Franse consumenten aan om, in naam en voor rekening van de consumenten, in België auto's aan te kopen en dit tegen een betere prijs dan bij andere concessiehouders in Frankrijk.⁸³ Het bedrijf spitste zich vooral toe op auto's van het merk Peugeot. Peugeot was hier niet mee opgezet en vroeg aan zijn Belgische, Luxemburgse en Franse concessiehouders niet meer aan Ecosystem te verkopen.⁸⁴ Ecosystem diende klacht in bij de Commissie van de

van de slachtoffers te verbeteren. Zie ook: B. DELAUNAY, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles”, *AJDA* 2016, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁷⁶ Art. 3,3 richtlijn 2014/104/EU.

⁷⁷ Dit gebeurde door de wet van 6 juni 2017, *B.S.* 12 juni 2017. De richtlijn is omgezet in Boek XVII, Titel 3: “Rechtsvordering tot schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht”.

⁷⁸ Ingevoerd door de ordonnantie van 9 maart 2017. Dit is een niet-limitatieve lijst van criteria waarmee de rechter rekening mee moet houden om de schadevergoeding te bepalen. In tegenstelling tot België, maakt Frankrijk geen verwijzing naar het principe van de integrale schadeloosstelling. Zie ook: E. CLAUDEL, “Transposition de la directive 26 novembre 2014 sur les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence: la porte est grande ouverte aux actions en réparation!”, *RTD. Com.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁷⁹ S. CARVAL, “Les dommages économiques ‘purs’. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (779) 788 en de verwijzing daar.

⁸⁰ T. BAEYENS, W. DEVROE en T. SCHOORS, “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, (198) 203; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1029. Zie uitgebreid: S. CARVAL, “Les dommages économiques ‘purs’. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (779) 788-790.

⁸¹ S. CARVAL, “Les dommages économiques ‘purs’. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (779) 788-789.

⁸² S. CARVAL, “Les dommages économiques ‘purs’. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (779) 788-796.

⁸³ S. PETROPOULOS, “Importations parallèles, ‘free-riders’ et distribution des véhicules automobiles dans la CEE: l'affaire Ecosystem/Peugeot”, *REDC* 1992, (179) 183.

⁸⁴ S. PETROPOULOS, “Importations parallèles, ‘free-riders’ et distribution des véhicules automobiles dans la CEE: l'affaire Ecosystem/Peugeot”, *REDC* 1992, (179) 183-184. Peugeot

toenmalige Europese Economische Gemeenschap en kreeg gelijk. Ook het beroep van Peugeot haalde niets uit.⁸⁵ Hierop trok Ecosystem naar de Rechtbank van Koophandel van Parijs om een schadevergoeding te eisen. Deze oordeelde dat de handeling van Peugeot een fout uitmaakte in de zin van artikel 1382 CC.⁸⁶ Echter, de schadevergoeding die de rechtbank toekende was een pak minder dan Ecosystem gehoopt had. Door de onrechtmatige handeling te stellen en slechts een relatief kleine schadevergoeding te betalen, heeft Peugeot een (psychologische) winst kunnen boeken. Effectief, want na het proces ging Ecosystem failliet.⁸⁷

c. Schending van intellectuele eigendomsrechten

29. BEGROTING VOLGENS DE PRINCIPES VAN ARTIKEL 1382 BW – De bescherming van de intellectuele eigendom is door de Europese Unie opgelegd in de richtlijn 2004/48/EG.⁸⁸ Deze richtlijn stelt dat de schade ‘passend’ vergoed moet worden.⁸⁹ België heeft dit in de wet van 9 mei 2007⁹⁰ ingeschreven als een integrale schadevergoeding, zonder de criteria van de richtlijn over te nemen.⁹¹ De vergoeding van economische schade in het kader van intellectuele eigendomsrechten gebeurt dus op dezelfde wijze als de vergoeding van schade op basis van artikel 1382 BW, waardoor de feitenrechters beroep kunnen doen op hun appreciatiebevoegdheid om de

meende dat Ecosystem eerder zelf auto's aankocht en verkocht en zo als zelfstandig bedrijf winst maakte, wat een impact zou hebben op het mededingingsrecht.

⁸⁵ S. PETROPOULOS, “Importations parallèles, ‘free-riders’ et distribution des véhicules automobiles dans la CEE: l’affaire Ecosystem/Peugeot”, *REDC* 1992, (179) 183-184.

⁸⁶ D. FASQUELLE, “L’existence de fautes lucratives en droit français”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁸⁷ D. FASQUELLE, “L’existence de fautes lucratives en droit français”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; J. MEADEL, “Faut-il introduire la faute lucrative en droit français?”, *PA* 2007, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁸⁸ Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele eigendom, *P.B., L* 157, 30 april 2004. Er zijn strafsancities voorzien, maar de klemtoon ligt op de private handhaving. De richtlijn beschermt elke inbreuk op intellectuele eigendom, zoals die erkend is in het recht van de lidstaten. Voor België waren dit: de kweekproducten, de uitvindingsoctrooien, het auteursrecht en zijn naburige rechten, computerprogramma's en databanken. M.-C. JANSSENS, “Het internationaal en Europees kader van de nieuwe Belgische wetten inzake handhaving van intellectuele rechten” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (11) 22 en 24. Dit is echter niet de enige en laatste richtlijn die de intellectuele eigendom beschermt. Zo is er bijna voor elk intellectueel eigendomsrecht een richtlijn uitgevaardigd.

⁸⁹ Art. 13, 1., a) richtlijn 2004/48/EG.

⁹⁰ Wet van 9 mei 2007 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *B.S.* 9 mei 2007. De richtlijn werd ook omgezet in de wet van 10 mei 2007 betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en de wet van 15 mei 2007 betreffende bestraffing van namaak en piraterij van intellectuele eigendomsrechten.

⁹¹ C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 226; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1034. Deze wet zorgde ervoor dat alle intellectuele eigendomsrechten op dezelfde manier vergoed worden. Later werd dit ingevoerd in artikel XI. 335 van het WER. H. VANHEES, “Art. XI.335 WER” in R. STEENOOT, J. STUYK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak, en rechtsleer. Boek XI, Titel 9, 3. Vergoeding naar de schade geleden door de namaak*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, (1) 8.

schade te begroten.⁹² Voor de handhaving van het merkenrecht is het Benelux-Verdrag inzake Intellectuele Eigendom (hierna: BVIE) gesloten, dat wel een mogelijkheid lijkt te bieden om aan deze problematiek tegemoet te komen (zie infra nr. 0).⁹³

30. ZWARE BEWIJSLAST – De begroting van deze schade is echter niet zo eenvoudig. De benadeelde lijdt immers schade omdat de dader normaal gezien een vergoeding moest betalen voor het gebruik van de intellectuele eigendom.⁹⁴ Daarnaast is er ook schade aanwezig omdat de eigenaar van het intellectuele eigendomsrecht zijn product niet zelf op de markt heeft kunnen brengen.⁹⁵ De rechter moet ook rekening houden met de waarde van de intellectuele eigendom, de exclusiviteit ervan, de gemaakte investeringen en de geleden morele schade.⁹⁶ De schadevergoeding voor gedeelde winst bestaat uit de betaalde licentievergoeding die de dader betaald zou hebben of wordt berekend aan de hand van de winstmarge die de rechthebbende zou gerealiseerd hebben (per verkocht item) vermenigvuldigd met het aantal stuks dat de inbreukmaker verkocht heeft.⁹⁷ Het geleden verlies bestaat uit de schade die het slachtoffer lijdt, ten gevolge van de schending van zijn monopolie en zijn reputatie.⁹⁸ Daarnaast is er ook een verlies van een kans mogelijk, omdat het merk of een onderneming een kans ontnomen wordt om zich te

⁹² C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 236; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1034.

⁹³ Benelux-verdrag van 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), *B.S.*, 26 april 2006. Voordien beschermde het bedrag enkel de warenmerken. Met de komst van de richtlijn werd dit uitgebreid naar alle merken. F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Brussel, Larcier, 2016, 28.

⁹⁴ C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 239; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1034.

⁹⁵ C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 238; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1034.

⁹⁶ H. VANHEES, “Art. XI.335 WER” in R. STEENOOT, J. STUYK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak, en rechtsleer. Boek XI, Titel 9, 3. Vergoeding naar de schade geleden door de namaak*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, (1) 10; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1034-1035.

⁹⁷ T. GLADINEZ, “Winstafdracht in het intellectueel eigendomsrecht. *The sky is the limit?*”, (noot onder Brussel 7 februari 2017), *ICIP* 2017, (90) 93-96; C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 238. Uiteraard zou men de winstmarge van de rechthouder moeten vermenigvuldigen met het aantal items dat de rechthouder verkocht zou hebben indien er geen inbreuk zou geweest zijn. Dit is echter onmogelijk om te bepalen. Gemakshalve bepaalt men dit dus op het aantal verkochte items door de dader. Voor een uitgebreide analyse: M. BUYDENS, “La réparation du dommage en droit de la propriété intellectuelle” in B. VANBRABANT (ed.), *Droits intellectuels: le contentieux (compétence, procédures, sanctions)*, Luik, Anthemis, 2012, (143) 152-156.

⁹⁸ M. BUYDENS, “La réparation du dommage en droit de la propriété intellectuelle” in B. VANBRABANT (ed.), *Droits intellectuels: le contentieux (compétence, procédures, sanctions)*, Luik, Anthemis, 2012, (143) 157-158; C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 239.

ontwikkelen en te groeien op de markt.⁹⁹ Dit alles is moeilijk te bewijzen, waardoor een *ex aequo*-begroting vaak de oplossing is, wat dan weer een risico inhoudt op mogelijke winst voor de dader (zie infra nr. 0). Maar zelfs bij een correcte schadevergoeding ligt de focus nog steeds op het slachtoffer en niet op de dader. Het kan dus nog steeds zijn dat de winst de schadevergoeding overtreft. In Frankrijk wordt de vergoeding van deze schade dan ook omschreven als de Achilleshiel van het Franse aansprakelijkheidsrecht.¹⁰⁰

31. ‘CHAMPAGNE’-PARFUM – In het geval van intellectuele eigendomsrechten, wordt dus een voordeel gehaald uit het werk van iemand anders door namaak of door het onrechtmatig gebruik van een bekend merk.¹⁰¹ Een perfect voorbeeld hiervan is de Franse Champagne-zaak. De schadeverwekker had een parfum ontwikkeld en uitgebracht met de naam “*champagne*”. Vanwege de bekendheid van de drank uit de Champagnestreek waren veel consumenten geïnteresseerd om dit parfum te kopen. Omwille van het onrechtmatig gebruik van deze naam, werd de producent veroordeeld.¹⁰² Maar de schadevergoeding die hij moest betalen was niets vergeleken met de winst die hij had gemaakt met de verkoop van zijn parfum.¹⁰³

1.2.2. Begrip

32. DE VOLLEDIGE SCHADE VERGOEDEN EN TOCH WINST MAKEN – Het gevolg van het zuiver compensatoir systeem is dat er situaties ontstaan waarin de dader winst maakt of een voordeel haalt door iemand schade te berokkenen, zelfs nadat hij of zij ze de schade vergoed heeft.¹⁰⁴ Door de uitgesproken focus op het slachtoffer en zijn schade, kijkt niemand naar de dader en zijn winst.¹⁰⁵ Voorbeelden hiervan zijn sensationele artikels over bekende of invloedrijke mensen die weinig grond van waarheid bevatten. Omwille van de sensatie verkopen deze artikels als zoete broodjes, terwijl de persoon waarover het artikel gaat na de publicatie anders bekeken wordt omwille van deze foutieve informatie. De uitgever van het artikel maakt veel winst, want hij verkoopt veel. De schadevergoeding zal niet veel voorstellen tegenover de gemaakte winst.

⁹⁹ M. BUYDENS, “La réparation du dommage en droit de la propriété intellectuelle” in B. VANBRABANT (ed.), *Droits intellectuels: le contentieux (compétence, procédures, sanctions)*, Luik, Anthemis, 2012, (143) 159-160.

¹⁰⁰ S. SCHILLER, “Les perspectives d’application aux sanctions civiles”, *JCP(E)* 2015, online beschikbaar op: www.lexisnexis.fr en de verwijzingen aldaar.

¹⁰¹ V. RASSOUL, “De afdracht van de winst gerealiseerd door de namaker als herstelmaatregel” (noot onder Rb. Dendermonde 27 oktober 2006), *RABG* 2007, (954) 956; B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW*, 05-06, (1641) 1641; D. FASQUELLE, “L’existence de fautes lucratives en droit français”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹⁰² Parijs 15 december 1993, *D.* 1994, *Jur.*, 145, noot P. LE TOURNEAU.

¹⁰³ Parijs 15 december 1993, *D.* 1994, *Jur.*, 145, noot P. LE TOURNEAU; B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW*, 05-06, (1641) 1641.

¹⁰⁴ M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 347.

¹⁰⁵ B. WEYTS, “Opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht: the story continues” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (265) 271; A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

Een tweede voorbeeld is het gebruik van andermans, meestal bekende naam bij de lancering van een nieuw product op de markt om zo veel mogelijk te kunnen verkopen, omdat de consumenten deze naam kennen. Tot slot komt de lucratieve fout ook voor in het Europees mededingingsrecht.

33. GEEN WETTELIJKE DEFINITIE – De lucratieve fout heeft geen wettelijke definitie in het Franse en het Belgische recht. Het is een fenomeen, opgemerkt door de rechtspraak en uitgewerkt door de rechtsleer.¹⁰⁶ Het is voornamelijk de Franse rechtsleer die het probleem op tafel legt en oplossingen probeert te vinden.¹⁰⁷ De Belgische bijdrage is eerder beperkt.¹⁰⁸ Het is dan ook niet verwonderlijk dat het Franse Hof van Cassatie deze tendens voor het eerst opmerkt.¹⁰⁹ In de Franse rechtsleer wordt de lucratieve fout voor het eerst vermeld in 1971 door R. LINDON.¹¹⁰

34. EEN BEREKENING.. – Een lucratieve fout veronderstelt een berekening: een afweging van de procedurekost en de winst die mogelijks voortspuit uit de overtreding.¹¹¹ Het is de berekening in se die verwerpelijk is en dus bestraft moet worden.¹¹² De dader weet dat hij een rechtsregel zal overtreden, wat wijst

¹⁰⁶ B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW* 05-06, (1641) 1641; I. VINGIANO-VIRCIÉL, “La faute lucrative: une notion en construction en droit français”, *RTD Com.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

¹⁰⁷ L. BOYER, H. ROLAND en B. STARCK, *Obligations, I. Responsabilité délictuelle*, Litec, Parijs, 1996, n° 1335-1337, 534-535; D. FASQUELLE, “L’existence de fautes lucratives en droit français”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. MESA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime”, *JCP(G)* 2012, (1017) 1021; M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 347-349; P.-D. VIGNOLLE, “La consécration des fautes lucratives: une solution au problème d’une responsabilité civile punitive? (acte II)”, *Gaz. Pal.* 2010, beschikbaar op: www.lextenso.fr; I. VINGIANO-VIRCIÉL, “La faute lucrative: une notion en construction en droit français”, *RTD Com.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

¹⁰⁸ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 810-819; B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW*, 05-06, 1641-1652. Vaak wordt het begrip maar even aangestipt: I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadeverreiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springblank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 151-152; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 688-689; E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14 (522) 534-536; I. VRANCKEN, “Punitieve damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht”, *TBBR* 2014, (426) 440-441.

¹⁰⁹ Cass. (FR) 5 juni 1920, *Sirey* 1921, I, 293; J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹¹⁰ D. FASQUELLE, “L’existence de fautes lucratives en droit français”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹¹¹ J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹¹² P.-D. VIGNOLLE, “La consécration des fautes lucratives: une solution au problème d’une responsabilité civile punitive? (acte II)”, *Gaz. Pal.* 2010, beschikbaar op: www.lextenso.fr; I. VINGIANO-VIRCIÉL, “La faute lucrative: une notion en construction en droit français”, *RTD Com.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

op een gebrek aan respect voor de rechtsorde.¹¹³ De lucratieve fout is dus eerder een opzettelijke fout dan een zware fout.¹¹⁴

35. .. DIE JUIST BLIJKT – De gerealiseerde winst is het tweede kenmerk van de lucratieve fout.¹¹⁵ Immers, als er geen winst zou voorhanden zijn, dan zou de fout niet lucratief zijn. De winst kan bestaan uit een uitsparing van een kost of uit een verhoging van zijn vermogen.¹¹⁶ De dader kan winst maken, na de betaling van de schadevergoeding. In het geval van de schending van de persoonlijkheidsrechten maakt de dader winst door het gebruik van kenmerken van een bekend persoon. Op het vlak van economische schade kan de dader een andere positie op de markt verwerven om zo hogere winsten te realiseren. In sommige gevallen laat de juridische en/of gerechtelijke organisatie toe dat de dader zijn winst behoudt.¹¹⁷ Voor sommige, meestal zwakkere, partijen ligt de drempel tot de toegang van het gerecht immers te hoog: de duurtijd van een proces schrikt af en de kost van het procederen weegt niet op tegen de lage schadevergoeding. Deze beslissing om niet te procederen, zorgt ervoor dat de dader winst kan maken. Het is net door deze winst dat de daders de gedraging opnieuw gaan stellen.¹¹⁸ Het is net omdat de dader winst maakt, ten gevolge van zijn immoreel gedrag, dat de lucratieve fout botst met het rechtsgevoel.¹¹⁹

36. ENKEL WINST VEREIST? – Volgens M. SEJEAN benadert een deel van de Franse rechtsleer de lucratieve fout alleen vanuit het economisch perspectief en stelt dat er sprake is van een lucratieve fout indien de fout winstgevend is. Deze visie houdt dus geen rekening met de zwaarte van de fout.¹²⁰ Volgens R.

¹¹³ A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹¹⁴ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 440-441; B. WEYTS, “Opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht: the story continues” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (265) 272; A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité”, *PA* 2017, beschikbaar op: www.lextenso.fr; J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; P.-D. VIGNOLLE, “La consécration des fautes lucratives: une solution au problème d’une responsabilité civile punitive? (acte II)”, *Gaz. Pal.* 2010, beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹¹⁵ I. VINGIANO-VIRCIÉL, “La faute lucrative: une notion en construction en droit français”, *RTD Com.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

¹¹⁶ N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹¹⁷ D. FASQUELLE, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr. Bijvoorbeeld de drempel tot de toegang tot het gerecht die te hoog ligt of te lange en dure procedures voor schade die (te) laag ligt.

¹¹⁸ I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 152; B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW*, 05-06, (1641) 1648; P.-D. VIGNOLLE, “La consécration des fautes lucratives: une solution au problème d’une responsabilité civile punitive? (acte II)”, *Gaz. Pal.* 2010, beschikbaar op: www.lextenso.fr; E.M. VAN DER HEIJDEN, “Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker” *NJB*, 2001, (1749) 1749-1450.

¹¹⁹ J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; M.-A. CHARDEAUX, “L’amende civile”, *PA* 2018, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹²⁰ M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 357. Aanhangers van deze visie zijn: L. BOYER, H. ROLAND en B. STARCK, *Obligations, 1. Responsabilité delictuelle*, Litec,

MESA staat deze winst los van de opgetreden schade en los van een eventuele betaling tot schadevergoeding.¹²¹ Een tweede strekking vereist wel een opzettelijk karakter.¹²² In België vermeldt de meerderheid van de auteurs het opzettelijk karakter van de lucratieve fout.¹²³ C. CAUFFMAN doet dit niet.¹²⁴

2. MOGELIJKE OPLOSSINGEN

2.1. INLEIDING

37. EVOLUTIE – Het recht is gebonden aan zijn tijd en is dus gedwongen om mee te gaan met zijn tijd. Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder is erg evolutief.¹²⁵ Het opzet van de Code Civil was om een universeel en eeuwig geldend recht te ontwikkelen.¹²⁶ Daarom werden er slechts een handvol artikels aan gewijd, die een breed toepassingsgebied hadden.¹²⁷

38. ONHERSTELBARE SCHADE ÉN LUCRATIEVE FOUT – Bij de schending van het mededingingsrecht bestaat er naast een cijfermatig berekenbare winst voor de dader ook een verandering van positie op de markt. In het geval van morele schade bestaat die winst eerder uit een psychologisch voordeel. De morele schade is niet alleen moeilijk te vergoeden, de dader weet er ook een voordeel uit te halen. Zowel een psychologisch voordeel als een cijfermatige winst komt voor indien het slachtoffer niet durft of kan procederen. Deze situaties zijn naar ons rechtsgevoel niet te verantwoorden.

Parijs, 1996, n° 1335, 534 ; D. FASQUELLE, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. MESA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime”, *JCP(G)* 2012, 1017-1024.

¹²¹ R. MESA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime”, *JCP(G)* 2012, 1020. Indien de dader veroordeeld wordt tot een schadevergoeding, dan zou de winstmarge enkel lager liggen, volgens R. MESA.

¹²² M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 359. Aanhangers van deze visie zijn: A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; P.-D. VIGNOLLE, “La consécration des fautes lucratives: une solution au problème d’une responsabilité civile punitive? (acte II)”, *Gaz. Pal.* 2010, beschikbaar op: www.lextenso.fr; I. VINGIANO-VIRCIÉL, “La faute lucrative: une notion en construction en droit français”, *RTD Com.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

¹²³ I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadeverreiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 151-152; E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14 (522) 534; I. VRANCKEN, op. cit., (426) 440; B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW*, 05-06, (1641) 1642.

¹²⁴ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 810-811.

¹²⁵ Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht evolueerde van een foutaansprakelijkheid via een risicoaansprakelijkheid naar een collectieve opvang van de aansprakelijkheid. Voor een uitgebreid overzicht: J. ROCHFELD, *Les grands notions du droit privé*, Parijs, Thémis, 2013, 481-549.

¹²⁶ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2008, 21.

¹²⁷ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2008, 21.

39. NIEUWE EVOLUTIE? – Met de opkomst van de lucratieve fout moet het aansprakelijkheidsrecht misschien wel een nieuwe evolutie (durven) ondergaan om deze situaties te bestrijden, of minstens te voorkomen. Geen enkel principe is immers absoluut (zie supra nr. 0) en het lijkt mij niet redelijk dat, in het geval van het slachtoffer, het voordeel wel in rekening gebracht wordt, maar niet bij de dader.¹²⁸

40. TEOLOGANG VAN DE PREVENTIEVE FUNCTIE – De preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht verliest aan kracht met de opkomst van de lucratieve fout.¹²⁹ Verder zijn de schadeposten in de drie aangehaalde domeinen niet alleen gevoelig voor de lucratieve fout. Ze zijn ook erg moeilijk te begroten. Het aansprakelijkheidsrecht kan deze domeinen beschermen en moet daarom de preventieve functie terug opnemen, wat alleen kan door onrechtmatige daden te bestraffen.¹³⁰

41. OPVOEDENDE FUNCTIE VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT – L. CORNELIS vindt dat er meer gehamerd moet worden op de “*reglementerende en opvoedende functie*” van het aansprakelijkheidsrecht.¹³¹ Deze functie is niet dezelfde als de preventieve functie. Het preventieve aspect maakt gebruik van de schadevergoeding die de dader moet betalen om deze ervan te weerhouden om de fout opnieuw te maken.¹³² De opvoedende functie wil de burgers aanleren welke gedragsregels wenselijk zijn in de maatschappij, om zo tot een samenleving te komen waarin iedereen zich gedraagt naar die gedragsregels.¹³³ Als iedereen zich gedraagt volgens de afgesproken regels, dan komt dat ook de maatschappij ten goede, want die zal dan veel vlotter functioneren in plaats van te kibbelen over aansprakelijkheid en schadevergoedingen.¹³⁴ P. CANE vindt dat het aansprakelijkheidsrecht meer focust op het stimuleren van een

¹²⁸ B. WEYTS, “Opzet in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht: the story continues” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (265) 271.

¹²⁹ M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 118; I. VRANCKEN, op. cit., (426) 448; 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) 177.

¹³⁰ S. HOCQUET-BERG, “Caractère indemnitaire ou punitif des dommages-intérêts” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (215) 216. In Frankrijk wordt soms zelfs de invoering van een preventief aansprakelijkheidsregime, naast het huidige vergoedende aansprakelijkheidsregime, voorgesteld. Zie: C. THIBIERGE, “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir”, *D.* 2004, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

¹³¹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 12.

¹³² H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 25-26.

¹³³ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 13-14; T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WP/VR* 2008, (769) 772; P. CANE, *The anatomy of tort law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 206.

¹³⁴ T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WP/VR* 2008, (769) 770.

moreel besef bij de burgers over hoe ze zich moeten gedragen tegenover elkaar.¹³⁵

42. REGLEMENTERENDE FUNCTIE SCHEPT ORDE – De reglementerende functie verwijst naar de functie van het recht in de maatschappij: orde scheppen.¹³⁶ Om deze orde te kunnen scheppen moet het aansprakelijkheidsrecht kunnen handhaven.¹³⁷ Door deze handhaving kan de maatschappij gedragsregels ontwikkelen en zo grenzen stellen aan het gedrag van elke burger.¹³⁸ Dit is ook de reden waarom het foutbegrip door de rechtspraak als een gedragsregel is geformuleerd. De rechtspraak zag zich genoodzaakt dit te doen, omdat het BW zo beperkt is in zijn bewoordingen. De invulling van de rechtspraak zorgt ervoor dat deze gedragsregels aangepast blijven aan de maatschappij.¹³⁹ Dit zorgt voor rechtszekerheid en zo is het aansprakelijkheidsrecht een handhavingsmiddel om het gedrag van de burger te beïnvloeden.¹⁴⁰ In plaats van te denken in schadevergoedingen, is het ook aan de rechter om te denken aan wat de wetgever voor ogen had. Aansprakelijkheid heeft dus als het ware ook een handhavingsfunctie.¹⁴¹ Op basis van de opvoedende en zeker de reglementerende functie zou het aansprakelijkheidsrecht een extra prikkel kunnen geven (in de vorm van een sanctie die zwaarder is dan een loutere schadevergoeding).¹⁴²

43. EUROPESE SIGNALLEN – Het Hof van Justitie redeneert in dezelfde richting. In het domein van het Europees mededingingsrecht heeft het Hof al meerdere keren geoordeeld dat het mededingingsrecht niet enkel bedoeld is om de belangen van de rechtsonderhorigen te beschermen, maar ook “*om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen*”¹⁴³, wat mij een ‘orde-scheppende functie’ lijkt. Over de richtlijn handelend over de gelijke

¹³⁵ P. CANE, *The anatomy of tort law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 24.

¹³⁶ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 12-13.

¹³⁷ T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WP/NR* 2008, (769) 671.

¹³⁸ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 13; T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WP/NR* 2008, (769) 771.

¹³⁹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 13.

¹⁴⁰ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 13; T. HARTLIEF, “Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen, XXXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, (809) 813.

¹⁴¹ T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WP/NR* 2008, (769) 770.

¹⁴² T. HARTLIEF, “Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?” in X., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen, XXXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2006-07*, Mechelen, Kluwer, 2007, (809) 831-832.

¹⁴³ HvJ 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a.*, nr. C-501/06P, ECLI:EU:C:2009:610, paragrafen 62-64, geciteerd door A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “De privaatrechtelijke handhaving van artikel 101 en 102 VWEU” in V. DEHAECK en A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Overzicht van rechtspraak Europees Mededingingsrecht (1 januari 1982-31 december 2013)”, *TPR* 2014, (1525) 1530.

behandeling tussen vrouwen en mannen¹⁴⁴ zei het Hof in de zaak-*Von Colson* dat de lidstaten vrij zijn om de handhaving van de richtlijn bij wijze van schadevergoeding te garanderen, maar dat die handhaving een efficiënt en preventief effect moet hebben en de schadevergoeding dus meer moet bedragen dan de nominale schade.¹⁴⁵ Vijf jaar later herhaalde het Hof, in het kader van het mededingingsrecht, dat het aan de lidstaten is om overtredingen van het Gemeenschapsrecht te sanctioneren en dat de sancties “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” moeten zijn.¹⁴⁶ Het Hof oordeelde ook, en herhaalde dit in het arrest-*Brasserie du Pêcheur*, dat de sancties ter bescherming van het Unierecht gelijkaardig en zeker niet minder voordelig kunnen zijn dan de sancties ter bescherming van het nationaal recht.¹⁴⁷ Recent besliste het Hof nog in de zaak-*Manfredi* dat ‘punitive damages’ toegekend kunnen worden bij schade geleden ten gevolge van een inbreuk op het mededingingsrecht als die ook mogelijk zijn in het nationale schadevergoedingsrecht.¹⁴⁸ Het “afschrikkend” karakter waar het Hof van Justitie over heeft, lijkt volgens mij te verwijzen naar een preventief karakter. Laat nu net dat preventief karakter bij de lucratieve fout een probleem vormen.

44. PLAN – In dit deel onderzoek ik mogelijke antwoorden, ontwikkeld in ons rechtstelsel en door onze buurlanden, op het fenomeen van de lucratieve fout. Eerst zal ik de reactie van de Belgisch-Franse rechtspraak beschrijven. Daarna werp ik een blik op het moderne Burgerlijk Wetboek van Nederland. Nadien kijk ik of de ‘punitive damages’ uit de Engelse Common Law soelaas bieden.

¹⁴⁴ Richtlijn 76/207 EEG van 9 februari 1976 van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *P.B., L. 39/40*, 14 februari 1976. Deze richtlijn is ondertussen hervormd door Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, *P.B., L. 204*, 26 juli 2006.

¹⁴⁵ HvJ 10 april 1984, *Sabine Von Colson en Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, nr. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, paragrafen 23 en 24; C. VANLEENHOVE, “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) 342-343. Volgens B. KOCH weet het Hof niet wat het doet, vermits het de woorden ‘bestrafen’ en ‘schadevergoeding’ letterlijk in dezelfde zin vermeldt. Zie: B. KOCH, “Punitive damages in European Law” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (197) 204.

¹⁴⁶ HvJ 21 september 1989, *Commissie/Griekenland*, nr. C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339, paragraaf 24. Dit werd later de slagzin in tal van Europeesrechtelijke instrumenten, waarbij niet altijd duidelijk was of dit via het straf- of het privaatrecht geregeld moest worden. Zie hierover: B. KOCH, “Punitive damages in European Law” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (197) 200-202.

¹⁴⁷ HvJ 21 september 1989, *Commissie/Griekenland*, nr. C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339; HvJ 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur NV/Bundesrepublik Deutschland - The Queen/Secretary of State for Transport*, nrs. C-45/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, paragraaf 42; B. KOCH, “Punitive damages in European Law” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (197) 207-208; C. VANLEENHOVE, “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) 346.

¹⁴⁸ HvJ 13 juli 2006, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, nr. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, paragraaf 93.

2.2. BELGISCH-FRANSE REACTIE VAN DE RECHTSPRAAK

2.2.1. Schending van persoonlijkheidsrechten

45. INVENTIEVE RECHTSPRAAK – In de gevallen dat er sprake is van een lucratieve fout, en vooral in het geval van morele schade, proberen sommige Belgische rechters het verbod op de extra schadevergoeding (lees: private straf) te omzeilen door de schadevergoeding hoger te leggen dan ze initieel van plan waren en dit te verstoppen in hun argumentatie.¹⁴⁹ Het Belgische Hof van Cassatie stelt dat enkel de schade vergoed mag worden (zie supra nr. 0) en ziet er op toe dat de feitenrechters geen private straf kunnen opleggen.¹⁵⁰

46. EVOLUTIE IN DE RECHTSPRAAK – Voor 1997 stelde de rechtspraak zich heel terughoudend op wat betreft het toekennen van een aangepaste schadevergoeding voor de schending van persoonlijkheidsrechten.¹⁵¹ Meestal bleef het bij een schadevergoeding van een symbolische frank¹⁵², die eigenlijk ook al een punitief karakter inhoudt, omdat er geen oog is voor de geleden schade, maar wel voor het verwerpelijk gedrag van de dader.¹⁵³ Na 1997, onder invloed van de zaak-Dutroux, wordt de rechtspraak zich bewust van het lucratief karakter van de schending van persoonlijkheidsrechten.¹⁵⁴ Hierna

¹⁴⁹ M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 131; E. LANGENAKEN, “L’indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits”, *TBBR* 2011, (422) 435-436; I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadeverreiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 152; E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14, (522) 535.

¹⁵⁰ Cass. 10 oktober 1972, *Arr. Cass.* 1973, 146 en *Pas.* 1973, I, 147.

¹⁵¹ M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 121; E. LANGENAKEN, “L’indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits”, *TBBR* 2011, (422) 434-435.

¹⁵² E. LANGENAKEN, “L’indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits”, *TBBR* 2011, (422) 434-435; E. MONTERO, “La responsabilité civile des médias” in A. STROWEL en F. TULKENS (eds.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Brussel, Larcier, 1998, (95) 127.

¹⁵³ E. MONTERO, “La responsabilité civile des médias” in A. STROWEL en F. TULKENS (eds.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Brussel, Larcier, 1998, (95) 124-125; X. THUNIS en B. FOSSEPREZ, “Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport belge” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (237) 273.

¹⁵⁴ E. LANGENAKEN, “L’indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits”, *TBBR* 2011, (422) 435; X. THUNIS en B. FOSSEPREZ, “Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport belge” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (237) 272.

komen ruimere schadevergoedingen vaker voor¹⁵⁵, waardoor de symbolische schadevergoeding verdwijnt en vanaf 2004 bijna niet meer voorkomt.¹⁵⁶

47. DIVERSE EN VERMOMDE MOTIVERING – We kunnen echter niet onderscheiden wat de rechters als extra vergoeding toekennen. Ze verstoppert dit immers in hun argumentatie¹⁵⁷, in de hoop dat hun vonnis niet hervormd zal worden. Indien de motivering juist is, dan kan het Hof van Cassatie, gelet op zijn beperkte bevoegdheid, hier niets aan veranderen.¹⁵⁸ De feitenrechters hebben immers die vrijheid dankzij hun appreciatiebevoegdheid.¹⁵⁹ Volgens B. WEYTS is er wel een onderscheid merkbaar in de Belgische rechtspraak: sommige rechters houden zich aan het principe van de integrale schadeloosstelling en kennen geen ruimere schadevergoeding toe, terwijl er bij andere rechters wel een punitieve motivering te vinden is.¹⁶⁰

48. PUNITIEVE MOTIVERING – Sommige rechters kunnen het niet laten om te vermelden dat ze het jammer vinden dat ze ook niet op een officiële wijze een private straf mogen opleggen. Zo lezen we: “*Attendu que si les dommages-intérêts alloués à une victime d’atteinte à son honorabilité ne doivent pas punir l’auteur de l’atteinte, ceux-ci doivent cependant réparer le dommage moral de la manière la plus complète.*”¹⁶¹ Ook in de zogenaamde Martin-Schmitt-zaak wordt uitdrukkelijk verwezen naar het gebrek aan ‘punitieve damages’.¹⁶² In een zaak tegen VTM, die na afloop van een programma (met bijhorend live publiek), via verborgen camera en dus zonder toestemming, een gesprek tussen twee personen filmde, begeleid met spottende commentaar, laat de rechter zich uit over het preventief (of opvoedend?) karakter van de schadevergoeding: “*De vergoeding van de schade van eiseres dient enerzijds uit een geldsom te bestaan, en anderzijds uit een rechtzetting en het*

¹⁵⁵ E. LANGENAKEN, “L’indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits”, *TBBR* 2011, (422) 435. Zie voor een overzicht van rechterlijke uitspraken van vóór 1997 tot na 2004: D. DE CATALLAY en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol. II. Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 481-502; M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 121-126.

¹⁵⁶ M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 125.

¹⁵⁷ Ze doen dit door telkens de standaardformule te herhalen: “*Si les dommages-intérêts alloués à la victime d’une atteinte à son honorabilité ne doivent pas punir l’auteur de l’atteinte, ceux-ci doivent cependant réparer le dommage moral de la manière la plus complète.*” Zie: M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 131 die op zijn beurt verwijst naar de betreffende rechtspraak.

¹⁵⁸ H. DE PAGE, op. cit., 1069.

¹⁵⁹ H. DE PAGE, op. cit., 1069 ; M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 117; E. MONTERO, “La responsabilité civile des médias” in A. STROWEL en F. TULKENS (eds.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Brussel, Larcier, 1998, (95) 127.

¹⁶⁰ B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW* 05-06, (1641) 1644-1646.

¹⁶¹ Rb. Brussel 16 november 1999, *AM* 2000, (117) 122, noot S.-P. DE COSTER.

¹⁶² Rb. Luik 15 december 1999, *AM* 2000, (160) 165; G. BAETEMAN, S. BROUWERS, J. GERLO, E. GULDIX, G. VERSCHULDEN en A. WYLLEMAN, “Overzicht van rechtspraak. Personen-en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, (1551) 1704.

voorkomen van herhaling van de schade.”¹⁶³ Soms wordt er in de motivering toch vermeld dat de situatie van de dader niet uit het oog verloren mag worden, waarbij de rechter rekening hield met de omstandigheden waarin de fout werd begaan en de zwaarte van de inbreuk.¹⁶⁴ Zo overwoog de rechter in de zaak-Lefèvre dat: “rekening moet gehouden worden met de ernstige aard van en het aantal geuite beschuldigingen hetwelk in dit geval de krenking op de eer en de goede naam en dus de omvang van de schade beïnvloedt.”¹⁶⁵ Ook de herhaling van de fout komt voor: “*Eu regard au fait que ce n’est pas la première fois que l’hebdomadaire en cause adopte un tel comportement fautif à l’égard du demandeur*” wijst op een punitief aspect.¹⁶⁶

49. DEZELFDE REACTIE IN FRANSE DE RECHTSpraak – In de Franse rechtspraak vindt men dezelfde beweging terug, waarbij de rechter soms rekening houdt met de zwaarte van de fout of de gerealiseerde winst en aldus een hogere schadevergoeding toekent, steunend op zijn discretionaire bevoegdheid.¹⁶⁷ Het Franse Hof van Cassatie oefent geen controle uit op de appreciatiemarge van de bodemrechters.¹⁶⁸ Echter, niet alle rechters houden hier rekening mee, vermits deze berekeningswijze indruist tegen het standpunt van het Franse Hof van Cassatie. Het Franse Hof van Cassatie oordeelt dat er enkel rekening gehouden mag worden met de concrete geleden schade en dat er bovenop de schadevergoeding geen extra bedrag mag toegekend worden.¹⁶⁹ Zolang de rechters de toegekende private straf kunnen vermommen onder een juridisch correcte motivering en zo het Hof van Cassatie tevreden stellen, kan

¹⁶³ Rb. Brussel 19 mei 2000, *AM* 2000, 338. De vrouw kreeg 702.000 frank schadevergoeding, 1 frank per kijker.

¹⁶⁴ Rb. Brussel 16 november 1999, *AM* 2000, (132) 136; Rb. Brussel 15 februari 2000, *JLMB* 2000, (1620) 1623; D. DE CATALLAY en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol. II. Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 489; M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 131. Zie ook: I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadeverreiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springblank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 153 en de verwijzingen daar. Het is niet onlogisch dat de feitenrechter rekening houdt met de zwaarte van de fout, omdat morele schade enorm persoonsgebonden is en dus een weerslag heeft op de geleden schade. Zie: C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintennisrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintennisrecht”, *TPR* 2007, (799) 820.

¹⁶⁵ Rb. Brussel 15 oktober 2009, *AM* 2010, (202) 208. De rechter hield ook rekening met het feit dat Het Laatste Nieuws een breed lezerspubliek heeft, de inhoud van de artikelen werden overgenomen door de binnenlandse en buitenlandse media en het feit dat de beschuldigingen werden herhaald, waardoor de schade verergerde.

¹⁶⁶ Vonnis geciteerd door X. THUNIS en B. FOSSEPREZ, “Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport belge” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (237) 275.

¹⁶⁷ J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. MESA, “La consécration d’une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives?”, *Gaz. Pal.* 2009, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; G. VINEY, “L’appréciation du préjudice”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; Ook kunnen ze beroep doen op art. 700 van de Code du procédure civile (CPC). Dit artikel wordt in Frankrijk vaak gebruikt om de dader te bestraffen. M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 353.

¹⁶⁸ Cass. (FR), 23 mei 1911, *D.* 1912, I, 421.

¹⁶⁹ Cass. (FR) 8 februari 1977, *Bull. Crim.* 1977, 120, n°52.

het Hof daar niets aan doen.¹⁷⁰ P. LE TOURNEAU verwoordt het zo: “*En pratique, la plasticité du préjudice moral permet cependant aux juges de fond de contourner l’obstacle et de faire jouer à la responsabilité civile une fonction punitive clandestine.*”¹⁷¹ De schadevergoedingen liggen, afhankelijk van de bekendheid van een persoon tussen de €500 en €50.000, wat erop wijst dat de rechters de lucratieve fout aan banden willen leggen.¹⁷² Het Franse Hof van Cassatie stelt ook al dat, ingeval van de schending van de persoonlijkheidsrechten, het slachtoffer zelfs geen schade moet aantonen.¹⁷³ Dit toont aan dat er geen focus ligt op de schade en dat het Franse Hof van Cassatie dus toch een groter belang hecht aan het punitieve aspect dan het doet vermoeden.¹⁷⁴

2.2.2. Oneerlijke concurrentie

50. HANDHAVING INHERENT AANWEZIG – Op het vlak van oneerlijke concurrentie waren de vorderingen tot schadevergoeding in België meestal niet succesvol.¹⁷⁵ Ook in de zaak rond het liftenkartel, wellicht het bekendste voorbeeld in België¹⁷⁶, werd de vordering afgewezen, omdat de eiser geen concrete schade kon bewijzen.¹⁷⁷ De richtlijn 2014/104/EU heeft hieraan proberen te verhelpen (zie supra nr. 0). In 2010 kende de rechtbank van

¹⁷⁰ J.-S. BORGHETTI, “Punitive damages in France” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (55) 62; S. HOCQUET-BERG, “Caractère indemnitare ou punitif des dommages-intérêts” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (215) 221; G. VINEY, “L’appréciation du préjudice”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

¹⁷¹ P. LE TOURNEAU, op. cit., n°2522, 905.

¹⁷² F. LEDUC, “La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (403) 429 en de aldaar vermeldende rechtspraak.

¹⁷³ Cass (FR) 5 november 1996, *Bull. civ.* 1996, I, 265, n°378, *JCP(G)* 1997, II, 22805, noot J. RAVANAS. Voor het recht op de fysieke integriteit: Cass (FR) 3 juni 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n°128, *JCP(G)* 2010, 788, noot S. PORCHY-SIMON, *D.* 2010, 1484, obs. I. GALLMEISTER, *D.* 2010, 1522, noot P. SARGOS, *RDSS* 2010, 375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN, *PA* 2010, noot R. M. MISLAWSKI, *JCP(G)* 2010, I, 1015, obs. PH STOFFEL-MUNCK, *D.* 2011 obs. O. BERG. S. HOCQUET-BERG, op. cit., (215) 222-223; F. LEDUC, “La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (403) 428; M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 354-355 en de daar geciteerde rechtspraak.

¹⁷⁴ J.-S. BORGHETTI, “Punitive damages in France” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (55) 65; S. HOCQUET-BERG, op. cit., (215) 221; F. LEDUC, “La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (403) 428-429.

¹⁷⁵ X. TATON, T. FRANCHOOT, N. BAETEN en I. ROOMS, “Chronique de jurisprudence (2004-2010). 1^{ère} partie – Overzicht van rechtspraak (2004-2010). 1ste deel. Les actions civiles pour infraction au droit de la concurrence – Private handhaving van het mededingingsrecht”, *TBH* 2013, (5) 27.

¹⁷⁶ D. PHILIPPE, “Préjudice économique et financier. Rapport belge” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (797) 839.

¹⁷⁷ Kh. Brussel 24 november 2014, *Jaarboek Marktpraktijken* 2014, 1179, *TBH* 2015, 757 en 856, *TBM* 2015, 37, noot T. BONTINCK en P. GOFFINET.

koophandel in Brussel wel een schadevergoeding toe aan het slachtoffer van misbruik van een dominante marktpositie.¹⁷⁸ De rechtbank van koophandel in Gent benadrukte de “*privaatrechtelijke handhavingsfunctie van het mededingingsrecht: wie een mededingingsinbreuk pleegt, dient de schade te vergoeden van de benadeelden. Dit zal toekomstige inbreuken ontmoedigen, zodat een betere naleving van de mededingingsregels gegarandeerd wordt.*”¹⁷⁹

51. FRANKRIJK – In Frankrijk heeft het Hof van Cassatie aangenomen dat, net zoals bij de schending van de persoonlijkheidsrechten, een fout volstaat en dat er geen schade aangetoond moet worden.¹⁸⁰ De Franse rechtspraak past bij de begroting van deze schade regelmatig ‘punitive damages’ of een winstafdracht toe om zo een repressie door te voeren ten aanzien van kwaadwillige daders.¹⁸¹ F. LEDUC verwijst naar rechtspraak die stelt dat het: “*caractère punitif ou disciplinaire des dommages et intérêts ... [est] toujours sous-entendu dans une action de cette nature*”¹⁸² en die uitdrukkelijk rekening houdt met “*la gravité des fautes commises*”¹⁸³.

2.2.3. Inbreuken op het intellectueel eigendomsrecht

52. OOK EEN BESTRAFFENDE NEIGING – Voor de uitvaardiging van de richtlijn probeerde de Belgische en Franse rechtspraak de inbreukmaker te bestraffen door een private straf op te leggen.¹⁸⁴ In de Luis Vuitton-zaak ontving het bedrijf 1.500.000 BEF aan schadevergoedingen, gemotiveerd door het feit “*qu’il n’est pas acceptable de laisser au contrefacteur le bénéfice illégitime qu’il a retiré de ses agissements illégaux.*”¹⁸⁵ Een gelijkaardige motivering vinden we in een

¹⁷⁸ Kh. Brussel 17 juni 2010, *TBH* 2013, 39.

¹⁷⁹ Kh. Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, (162) 179. In dit arrest valt er verder geen punitieve motivering te bespeuren, maar de vergoeding heeft volgens mij toch een punitieve insteek, omdat de eisers de schade begroot hadden op slechts 12.000€ (2.000€ per eiser), maar de rechter een schadevergoeding *ex aequo et bono* van 120.000€ toekende (20.000€ te betalen aan elke eiser), omdat de schadebegroting ten gevolge van een inbreuk op het mededingingsrecht enorm moeilijk is.

¹⁸⁰ F. LEDUC, “La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (403) 427 en de verwijzing daar.

¹⁸¹ F. LEDUC, “La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (403) 427.

¹⁸² CA Parijs, 2 oktober 2008, *Lamyline*, n° 6627/88, geciteerd door F. LEDUC, “La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (403) 427.

¹⁸³ CA Rennes, 1 juli 2008, *Lamyline*, n° 05/21289, geciteerd door F. LEDUC, “La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport français” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (403) 428.

¹⁸⁴ X. THUNIS en B. FOSSEPREZ, “Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport belge” in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2015, (237) 280.

¹⁸⁵ Niet gepubliceerd, maar geciteerd door M. BUYDENS, “La réparation du dommage en droit de la propriété industrielle”, *TBH* 1995, (448) 451. Dit arrest werd bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel op 18 januari 1990.

vonnis van de rechtbank van Brussel: “cette indemnité [de 200%] est parfaitement justifiée parce qu’il faut déjouer les calculs d’éditeurs peu scrupuleux qui pourraient s’abstenir systématiquement de demander une autorisation préalable, sachant que leur risque est d’avoir à payer, en cas de découverte de l’irrégularité, le droit d’auteur ainsi éludé.”¹⁸⁶ Het hof van beroep van Parijs verdedigde dat “l’indemnité de contrefaçon a une double fonction: dissuasive et réparatrice”, zodat de toegekende som hoger kan liggen dan de geleden schade.¹⁸⁷ De richtlijn 2004/48/EG kwam gedeeltelijk tegemoet aan de verzuchtingen van de rechtspraak, vermits de rechters sindsdien wel rekening mogen houden met de gerealiseerde winst, hoewel het principe van de integrale schadeloosstelling het uitgangspunt blijft. (zie infra nr. 0). Rechters gebruiken dan ook de abstracte schadebegroting om royale schadevergoedingen toe te kennen, met als doel de daders af te schrikken.¹⁸⁸ Zo kende het hof van beroep van Gent in 2009 een schadevergoeding van twee keer de niet betaalde licentievergoeding toe, rekening houdend met de materiële en morele schade.¹⁸⁹

53. REACTIE – Volgens J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE gaat het niet om een dubbele schadevergoeding, maar om een enkelvoudige en dus correcte schadevergoeding, omdat de schade niet mathematisch berekenbaar is en dus “*ex aequo et bono*” vergoed wordt.¹⁹⁰ De rechters krijgen hierdoor de vrijheid om een straf in de schadevergoeding te verstoppen: “*De trend tot het toekennen van een meer volledige schadevergoeding blijkt het afschrikkend effect als accessorium mee te voeren.*”¹⁹¹ Ook op dit vlak, kan het Hof van Cassatie niets ondernemen, omdat zijn toetsingsbevoegdheid beperkt is.¹⁹² Omwille van de appreciatiebevoegdheid, houdt niets de rechters tegen om een vermomd bestraffend element in de schadevergoeding te steken.¹⁹³ F. PETILLION heeft bedenkingen bij deze rechtspraak. Volgens hem neemt de rechter eenvoudigweg het tweevoud van de verkoopprijs van het originele product en verantwoordt dit als morele schade, die “*elke voeling met de werkelijk geleden schade verliest*” en die “*ingaat tegen de hele bedoeling van een schadevergoeding: de vergoeding van*

¹⁸⁶ Rb. Brussel 24 juni 1999, *AM* 2001, (373) 375.

¹⁸⁷ Parijs, 1 juli 1986, *D.* 1998, som. com., 350, aangehaald in M. BUYDENS, “La réparation du dommage en droit de la propriété industrielle”, *TBH* 1995, (448) 452.

¹⁸⁸ C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 232; C. VANLEENHOVE, “Punitive damages” in intellectual property law – a private international outlook” in F. PETILLION (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België. 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48*, Brussel, Larcier, 2018, (203) 208; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1035.

¹⁸⁹ Gent 19 januari 2009, *AM* 2009, 384, noot J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE, *Computerrecht* 2009, 219, noot F. PETILLION.

¹⁹⁰ J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE, “Foutbegrip en schadevergoeding in het auteursrecht: *double damage?*”, *AM* 2009, (noot onder Gent 19 januari 2009), (388) 391.

¹⁹¹ J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE, “Foutbegrip en schadevergoeding in het auteursrecht: *double damage?*”, *AM* 2009, (noot onder Gent 19 januari 2009), (388) 391.

¹⁹² B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1036.

¹⁹³ C. VANLEENHOVE, “Punitive damages” in intellectual property law – a private international outlook” in F. PETILLION (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België. 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48*, Brussel, Larcier, 2018, (203) 209, voetnoot 34; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013 (1014) 1035-1036.

*de schade en het niet opleggen van een bijkomende sanctie.*¹⁹⁴ In het domein van de intellectuele eigendomsrechten, herhaalde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 13 mei 2009 dat de schadevergoeding slechts een integrale schadevergoeding kan uitmaken. Een verhoging van de schadevergoeding met 25% druist in tegen het geldende principe van integrale schadeloosstelling en dient niet om een ontradend karakter mee te geven.¹⁹⁵

2.3. VORDERING TOT WINSTAFDRACHT

54. DADER IN HET VIZIER – Winstafdracht is een vordering die niet de situatie van het slachtoffer, maar de situatie van de dader herstelt zoals deze was voor de onrechtmatige daad plaatsvond.¹⁹⁶ De winstafdracht focust zich aldus op de genoten winst van dader en niet op de geleden schade bij het slachtoffer.¹⁹⁷ In 1992 kreeg Nederland een Nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: NBW), waarin een vordering tot winstafdracht werd ingeschreven.¹⁹⁸ Later, onder Europese invloed en geïnspireerd door de bepaling in het NBW, kreeg de vordering tot winstafdracht meer ingang, vooral in het intellectuele eigendomsrecht.¹⁹⁹

2.3.1. Vordering tot winstafdracht in het Nederlands Nieuw Burgerlijk Wetboek

55. PRIMAIRE COMPENSATOIRE FUNCTIE – In Nederland geldt het principe van de volledige schadevergoeding.²⁰⁰ Enkel de schade wordt in aanmerking genomen en elementen zoals de financiële situatie van het slachtoffer of het opzet van de dader worden aan de kant geschoven bij de toekenning van de schadevergoeding.²⁰¹ De rechter kan deze vrij begroten, maar moet ook een *in concreto*-benadering hanteren.²⁰² Het Nederlandse

¹⁹⁴ F. PETILLION, “Schadevergoeding voor inbreuken op intellectuele rechten: ex aequo et malo”, (noot onder Gent 19 januari 2009), *Computerrecht* 2009, (226) 227.

¹⁹⁵ Cass. 13 mei 2009, *Arr. Cass.* 2009, 1254. Ook eerder werd dit al bevestigd in het intellectueel eigendomsrecht: Cass. 5 mei 2011, *Arr. Cass.* 2011, 1157, *AM* 2012, 437, concl. A. HENKES, *ICIP* 2011, 50, *Pas.* 2011, 1272, concl. HENKES, *RCJB* 2012, 363, noot L. VAN BUNNEN, *RGAR* 2012, nr. 14846, noot N. ESTIENNE en *TBBR* 2012, 247, noot P. WERY.

¹⁹⁶ T. GLADINEZ, “Winstafdracht in het intellectueel eigendomsrecht. *The sky is the limit?*”, (noot onder Brussel 7 februari 2017), *ICIP* 2017, (90) 93.

¹⁹⁷ T. GLADINEZ, “Winstafdracht in het intellectueel eigendomsrecht. *The sky is the limit?*”, (noot onder Brussel 7 februari 2017), *ICIP* 2017, (90) 93.

¹⁹⁸ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 57. Deze bepaling werd gebaseerd op de Nederlandse Auteurswet en de (oude) Rijksoctrooiwet.

¹⁹⁹ V. RASSOUL, “De afdracht van de winst gerealiseerd door de namaker als herstelmaatregel” (noot onder Rb. Dendermonde 27 oktober 2006), *RABG* 2007, (954) 956.

²⁰⁰ Art. 6:109 NBW; P. DE TAVERNIER, “Droit néerlandais” in P. PIERRE en F. LEDUC (eds.), *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux*, Brussel, Larcier, 2012, (329) 331; A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Asser Serie 6 II: Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer, Kluwer, 2013, 26; T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 243.

²⁰¹ J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 310-311.

²⁰² P. DE TAVERNIER, “Droit néerlandais” in P. PIERRE en F. LEDUC (eds.), *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux*, Brussel, Larcier, 2012, (329) 341; A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Asser Serie 6 II: Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen*,

aansprakelijkheidsrecht heeft dus in eerste plaats als doel om de geleden schade van het slachtoffer te vergoeden.²⁰³

a. Begrip

56. GEEN VERRIJKING VOOR DE DADER – Het Nederlandse NBW lijkt een bepaling te hebben die winstgevende daders een halt kan toeroepen, zelfs als de geleden schade miniem is.²⁰⁴ De bedoeling van de Nederlandse wetgever was om de ongeoorloofde winst, verkregen door de dader, terug te geven aan het slachtoffer indien die schade moeilijk te bewijzen is. De dader zou geen voordeel mogen halen uit zijn handelen, zeker niet ten gevolge van een onrechtmatige daad of een contractuele wanprestatie, wat het uitgangspunt vormt van de integrale schadeloosstelling.²⁰⁵

*“Indien iemand op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.”*²⁰⁶

57. RUIM TOEPASSINGSGEBIED – De vordering van winstafdracht is een gemeenrechtelijke bepaling die geldt voor een contractuele tekortkoming en een onrechtmatige daad en dus een ruim toepassingsgebied heeft.²⁰⁷ Het artikel kan dus dienen in geval van een inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht of onrechtmatige concurrentie.²⁰⁸ Ook voor morele schade zou dit artikel

tweede gedeelte, Deventer, Kluwer, 2013, 15; T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 261-262; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 170.

²⁰³ T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 8; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 15.

²⁰⁴ T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 265; J. SPIER, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3 in Monografieën. Nieuw BW, nr. B36*, Deventer, Kluwer, 1992, 53.

²⁰⁵ W.H.M. REEHUIS en E.E. SLOB, “Invoering boeken 3,5 en 6: Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht” in J.W. DU PON en C.J. VAN ZEBEN (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer, Kluwer, 1990, (1201) 1267; J. SPIER, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3 in Monografieën Nieuw BW, nr. B36*, Deventer, Kluwer, 1992, 54-55.

²⁰⁶ Art. 6:104 NBW. In de parlementaire geschiedenis van dit artikel wordt het voorbeeld aangehaald van winst maken door een artikel te publiceren waarin iemand door het slijk gehaald wordt en zo in zijn eer en goede naam aangetast wordt. W.H.M. REEHUIS en E.E. SLOB, “Invoering boeken 3,5 en 6: Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht” in J.W. DU PON en C.J. VAN ZEBEN (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer, Kluwer, 1990, (1201) 1267.

²⁰⁷ W.H.M. REEHUIS en E.E. SLOB, “Invoering boeken 3,5 en 6: Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht” in J.W. DU PON en C.J. VAN ZEBEN (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer, Kluwer, 1990, (1201) 1266-1267.

²⁰⁸ J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 390; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 172. Volgens LINSSEN kan de winstafdracht in de Nederlandse vorm slechts een oplossing bieden in het geval van economische schade en niet voor morele schade.

kunnen helpen.²⁰⁹ De reden om deze winstafracht wettelijk te verankeren was een vermindering van de bewijslast voor het slachtoffer²¹⁰: in vele gevallen is het makkelijker voor het slachtoffer om de winst van de dader te bewijzen dan zijn eigen geleden schade.²¹¹

b. Mechanisme

58. VAN VERWARRING NAAR ABSTRACTE SCHADEBEGROTING – Het doel van de Nederlandse wetgever was nobel, maar toch was er grote verwarring rond de concrete invulling van deze bepaling.²¹² De tekst spreekt van een schadebegroting aan de hand van de winst van de dader, terwijl de schade van het slachtoffer en de winst van de dader twee onderscheiden termen zijn.²¹³ De Hoge Raad oordeelde in 1993 dat de bepaling van art. 6:104 NBW een vorm is van abstracte schadeberekening en geen vorm van winstafracht, gelet op de plaatsing van het artikel in het wetboek en omdat het artikel letterlijk stelt dat het gaat om een begrotingswijze van de schade.²¹⁴ Dit heeft de Hoge Raad later ook telkens bevestigd.²¹⁵

59. SCHADE AANWEZIG – Er moet wel steeds schade aanwezig zijn, anders valt ze niet te begroten.²¹⁶ Het slachtoffer moet bewijzen dat er (enige vorm van) schade is, maar hoeft dit niet concreet te staven, wat zorgt voor een bewijsverlichting voor het slachtoffer.²¹⁷ Als er geen bewijs van schade kan aangevoerd worden, kan de winstafracht niet plaatsvinden.²¹⁸ Het blijft steeds

²⁰⁹ A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Asser Serie 6 II: Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer, Kluwer, 2013, 100; E.M. VAN DER HEIJDEN, “Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker” *NJB*, 2001, (1749) 1751.

²¹⁰ T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 266; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 120.

²¹¹ A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 172.

²¹² T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 57; P.A. FRUYTIER, “De ruime benadering van de Hoge Raad bij schadebegroting op winst: een stap te ver?”, *MvV* 2010, (272) 272.

²¹³ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 58.

²¹⁴ HR (NL) 24 december 1993, *NJ* 1995/421, 1942 (*Waeyen-Scheers/Naus*), noot C.J.H. BRUNNER; P.A. FRUYTIER, “De ruime benadering van de Hoge Raad bij schadebegroting op winst: een stap te ver?”, *MvV* 2010, (272) 272; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 120.

²¹⁵ HR (NL) 18 juni 2010, *NJ* 2015/32 (*Doerga/Ymere*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl; HR (NL) 18 juni 2010, *NJ* 2015/33 (*Setel/AVR Holding*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl.

²¹⁶ HR (NL) 24 december 1993, *NJ* 1995/421, 1942 (*Waeyen-Scheers/Naus*), noot C.J.H. BRUNNER; HR (NL) 18 juni 2010, *NJ* 2015/32 (*Doerga/Ymere*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl; HR (NL) 18 juni 2010, *NJ* 2015/33 (*Setel/AVR Holding*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl.

²¹⁷ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 59; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 120.

²¹⁸ HR (NL) 24 december 1993, *NJ* 1995/421, 1942 (*Waeyen-Scheers/Naus*), noot C.J.H. BRUNNER; J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 384; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 120-121.

een mogelijkheid voor de rechter om, indien er een schadevergoeding wordt gevorderd, de vergoeding op zo'n wijze te berekenen dat deze overeenkomt met (een gedeelte van) de gemaakte winst.²¹⁹ Deze winstafdracht is geen verplichting en kan enkel toegekend worden op vraag van de benadeelde.²²⁰ Vermits het dus gaat om een schadevergoeding, moet de focus nog altijd liggen op het vergoeden van de schade bij het slachtoffer en niet op het ontnemen van het verkregen voordeel van de dader.²²¹

60. MOGELIJKE LEIDRAAD – Ook in Nederland zal de rechter de schade op een integrale manier proberen te begroten, waarbij hij de schade op een concrete manier zal benaderen, omdat het slachtoffer centraal staat (zie supra nr. 0) Dit zal, net zoals in de Belgische rechtsorde, niet altijd lukken, waarop de rechter moet overschakelen naar een abstracte schadevergoeding.²²² Art. 6:104 NBW is in dit geval (slechts) een leidraad voor de rechter indien hij moet overschakelen naar zo'n abstracte schadevergoeding (op basis van art. 6:97 NBW) én indien de dader een voordeel heeft verworven uit zijn onrechtmatige daad.²²³ De wetgever verduidelijkt dat het een goede maatstaf kan zijn voor de reëel geleden schade, maar dit niet altijd zal zijn.²²⁴ Ook de Hoge Raad was die mening toegedaan in de zaak-*Waeyen-Scheers tegen Naus*.²²⁵ Omdat schade en winst zelden overeenkomen, betekende dit dat art. 6:104 NBW volgens sommige auteurs dode letter werd.²²⁶

61. VERDERE VERDUIDELIJKING: HET WINSTBEGRIJF – In de begroting van art. 6:104 NBW staat het winstbegrip centraal. In 2010 verduidelijkte de Hoge Raad in de zaak-*Setel/AVR* wat hiermee bedoeld wordt. Volgens de Hoge Raad

²¹⁹ T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 266; W.H.M. REEHUIS en E.E. SLOB, “Invoering boeken 3,5 en 6: Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht” in J.W. DU PON en C.J. VAN ZEBEN (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer, Kluwer, 1990, (1201) 1266-1267.

²²⁰ T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 266; W.H.M. REEHUIS en E.E. SLOB, “Invoering boeken 3,5 en 6: Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht” in J.W. DU PON en C.J. VAN ZEBEN (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer, Kluwer, 1990, (1201) 1266.

²²¹ J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 323.

²²² T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 60.

²²³ T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 267; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafdracht’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 120.

²²⁴ J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 385.

²²⁵ HR (NL) 24 december 1993, *NJ* 1995/421, (1942) 1951, overweging 3.4 (*Waeyen-Scheers/Naus*), noot C.J.H. BRUNNER: “[...] dit artikel ook naar [...] recht een goede maatstaf oplevert voor de reëel geleden schade”.

²²⁶ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 60; J. SPIER, “Opkomst en ondergang van de vordering tot winstafdracht, (noot onder HR (NL) 24 december 1993), *NTBR* 1994, afl. 4, (89) 92.

bestaat winst uit elk financieel voordeel dat de dader haalt uit zijn onrechtmatige gedraging, waarbij het netto-voordeel het uitgangspunt is. Dat wil zeggen dat er nog een voordeel moet bestaan, na aftrek van de kosten en lasten.²²⁷ Dit is een ruime interpretatie: een beperking aan een verlies wordt gelijkgesteld aan winst²²⁸ en de winst moet geen verband houden met de schade van het slachtoffer.²²⁹

62. GEEN PUNITIEF, MAAR EEN ONTRADEND KARAKTER – In *Setel/AVR* stelt de Hoge Raad dat de winst de vermoedelijke omvang van de schade niet aanmerkelijk te boven mag gaan, zodat de sanctie geen punitief karakter krijgt.²³⁰ In de zaak-*Doerga/Ymere* herhaalt de Raad dat de rechter zich terughoudend moet opstellen bij de schadebegroting, omdat dit geen punitieve sanctie is.²³¹ Dit wil zeggen dat als het voordeel dat de dader geniet door zijn onrechtmatige daad beduidend groter is dan de geleden schade van het slachtoffer, de rechter de schade enkel kan begroten op een deel van de winst.²³² Vermits het om een begrotingsregel van de schadevergoeding gaat, is het logisch dat er geen plaats is voor een cumul van een schadevergoeding én de winstafdracht.²³³ Echter mag de rechter wel rekening houden met de zwaarte van de fout om (het deel van) de winst te bepalen.²³⁴ De rechter heeft dus nog steeds een discretionaire bevoegdheid bij de toekenning van de winstafdracht. Hij is dus niet verplicht om de schadevergoeding te begroten op de gemaakte winst.²³⁵ Deze sanctie is een herstelmaatregel en is dus niet punitief van aard. De bedoeling is om de situatie, gecreëerd door de onrechtmatige daad, te herstellen door het voordeel van de dader aan het

²²⁷ HR (NL) 18 juni 2010, *Nj* 2015/33 (*Setel/AVR Holding*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl. Kosten en lasten worden hier gezien als de inspanningen geleverd door de dader om zijn voordeel te verkrijgen.

²²⁸ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 65; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 121.

²²⁹ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 65.

²³⁰ HR (NL) 18 juni 2010, *Nj* 2015/33 (*Setel/AVR Holding*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl; T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 67.

²³¹ HR (NL) 18 juni 2010, *Nj* 2015/32 (*Doerga/Ymere*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl; J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 390; P.A. FRUYTIER, “De ruime benadering van de Hoge Raad bij schadebegroting op winst: een stap te ver?”, *MvV* 2010, (272) 273; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 122.

²³² HR (NL) 18 juni 2010, *Nj* 2015/32 (*Doerga/Ymere*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl; HR (NL) 18 juni 2010, *Nj* 2015/33 (*Setel/AVR Holding*), noot T. HARTLIEF, online beschikbaar op: www.navigators.nl.

²³³ W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 123.

²³⁴ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 69; P.A. FRUYTIER, “De ruime benadering van de Hoge Raad bij schadebegroting op winst: een stap te ver?”, *MvV* 2010, (272) 273; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 122.

²³⁵ J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 388; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafroming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 121.

slachtoffer toe te kennen.²³⁶ Op deze manier is er ook een ontradend karakter aan verbonden: door het voordeel te ontzeggen aan de dader, zal deze minder snel geneigd zijn om dezelfde gedraging opnieuw te stellen.²³⁷

63. VOORGESTELDE VARIANT IN FRANKRIJK – R. MESA pleit ook voor een winstafracht ter bestrijding van de lucratieve fout.²³⁸ De dader wordt op die manier geplaatst in de situatie waarin hij zich zou bevinden indien hij de lucratieve fout niet zou hebben begaan. De winstafracht heeft dus geen strafrechtelijk karakter, omdat de dader geen vermogensvoordeel ontnomen wordt.²³⁹ De strafrechtelijke waarborgen vormen hier dus geen obstakel. Volgens hem kan deze dan ook nooit hoger of lager liggen dan de winst en is aldus een echte winstafracht, ongeacht de zwaarte van de fout. De winstafracht zou wel verminderd moeten worden met de betaalde schadevergoeding om een strafrechtelijk karakter te vermijden.²⁴⁰ De winstafracht zou dan op een integrale manier berekend moeten worden, net zoals de schade, waarin de feitenrechters hun appreciatiebevoegdheid terugvinden.²⁴¹ Bepaalde vermoedens van winst zouden de begroting hiervan tegemoetkomen.²⁴² De winst zou aan een schadefonds toegekend worden, om zo het principe van de integrale schadeloosstelling te garanderen en een punitief karakter te vermijden.²⁴³ Andere auteurs schuiven deze oplossing ook voorzichtig naar voor.²⁴⁴

²³⁶ W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafoming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 124.

²³⁷ P.A. FRUYTIER, “De ruime benadering van de Hoge Raad bij schadebegroting op winst: een stap te ver?”, *MvV* 2010, (272) 277; W.H. VAN BOOM, “Twee arresten over ‘winstafoming’ ex artikel 6:104 NBW”, *Ars Aequi* 2011, (118) 124.

²³⁸ R. MESA, “La consécration d’une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives?”, *Gaz. Pal.* 2009, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. MESA, “L’opportune consécration d’un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives”, *D.* 2012, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

²³⁹ R. MESA, “La consécration d’une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives?”, *Gaz. Pal.* 2009, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. MESA, “L’opportune consécration d’un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives”, *D.* 2012, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

²⁴⁰ R. MESA, “L’opportune consécration d’un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives”, *D.* 2012, online beschikbaar op: www.dalloz.fr. Deze opvatting van R. MESA was te verwachten, gelet op het feit dat hij een lucratieve fout benadert vanuit een winstperspectief, losgekoppeld van een eventuele schadevergoeding die de dader moet betalen. Zie supra nr. 0.

²⁴¹ R. MESA, “L’opportune consécration d’un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives”, *D.* 2012, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

²⁴² MESA pleit voor vermoedens in het geval van schending van het privéleven, namaak en economisch parasitisme.

²⁴³ R. MESA, “La consécration d’une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives?”, *Gaz. Pal.* 2009, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. MESA, “L’opportune consécration d’un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives”, *D.* 2012, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

²⁴⁴ S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 45-46 ; D. FASQUELLE, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; N. RIAS, “L’amende civile: une fausse bonne idée?”, *D.* 2016, online beschikbaar op: www.dalloz.fr; G. VINEY, “L’appréciation du préjudice”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

2.3.2. *Winstafdracht ter bescherming van de intellectuele eigendom*

a. In de richtlijn 2004/48/EG

64. WINSTAFDRACHT ALS VORM VAN SCHADEVERGOEDING – In België geeft artikel XI.335 WER §2, lid 3 de rechter de mogelijkheid om, in geval van kwade trouw van de inbreukmaker, een winstafdracht toe te kennen.²⁴⁵ Echter wordt deze winstafdracht toegekend, “*bij wijze van schadevergoeding*”. Deze vorm werd vooropgesteld door de richtlijn 2004/48/EG.²⁴⁶ Het is dus een schadevergoeding en geen pure winstafdracht.²⁴⁷ Een cumulatieve toepassing is dus niet mogelijk, waardoor het vergoedend karakter overeind blijft.²⁴⁸ Ook de gemaakte kosten kunnen, net zoals in Nederland, in mindering worden gebracht van de winst.²⁴⁹ C. RONSE zegt dat het dergelijke regeling ontbeert aan ontrading en dus niet effectief kan zijn om daders te kwader trouw te straffen.²⁵⁰ Het Hof van Justitie heeft in 2016 geoordeeld dat de schadevergoeding zowel de misgelopen royalty’s²⁵¹ en de morele schade²⁵² omvat.²⁵³

65. BEWIJSREGEL – Het slachtoffer moet nog steeds zijn schade bewijzen om aanspraak te kunnen maken op de winstafdracht, maar het slachtoffer kan dit makkelijker doen aan de hand van de genoten winst van de dader dan aan de hand van zijn geleden schade.²⁵⁴ Deze bepaling is dus slechts een

²⁴⁵ H. VANHEES, “Art. XI.335 WER” in R. STEENOOT, J. STUYK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak, en rechtsleer. Boek XI, Titel 9, 3. Vergoeding naar de schade geleden door de namaak*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, (1) 15; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1036.

²⁴⁶ Zie artikel 13 van de richtlijn.

²⁴⁷ Zie overweging nr. 26 van de richtlijn. H. VANHEES, “Art. XI.335 WER” in R. STEENOOT, J. STUYK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak, en rechtsleer. Boek XI, Titel 9, 3. Vergoeding naar de schade geleden door de namaak*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, (1) 15.

²⁴⁸ V. RASSOUL, “De afdracht van de winst gerealiseerd door de namaker als herstelmaatregel” (noot onder Rb. Dendermonde 27 oktober 2006), *RABG* 2007, (954) 958-959; H. VANHEES, “Art. XI.335 WER” in R. STEENOOT, J. STUYK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak, en rechtsleer. Boek XI, Titel 9, 3. Vergoeding naar de schade geleden door de namaak*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, (1) 16.

²⁴⁹ C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 243; H. VANHEES, “Art. XI.335 WER” in R. STEENOOT, J. STUYK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak, en rechtsleer. Boek XI, Titel 9, 3. Vergoeding naar de schade geleden door de namaak*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, (1) 15; B. WEYTS, “Economische schade”, *TBH* 2013, (1014) 1036.

²⁵⁰ C. RONSE, “Over de winstafdracht in geval van kwade trouw en enkele andere vraagstukken in het auteursrecht” (noot onder Kh. Antwerpen 5 juni 2015), *Computerrecht* 2015, (285) 289, nr. 13.

²⁵¹ Art. 13 b) van de richtlijn.

²⁵² Art. 13 a) van de richtlijn.

²⁵³ HvJ 17 maart 2016, *Liffers/Mandarina*, nr. C-99/15, ECLI:EU:C:2016:173, paragraaf 24. Het Hof van Justitie verwijst hier terug naar overweging 26 en om te benadrukken dat er bescherming op hoog niveau moet zijn.

²⁵⁴ T. GLADINEZ, “Winstafdracht in het intellectueel eigendomsrecht. *The sky is the limit?*” (noot onder Brussel 7 februari 2017), *ICIP* 2017, (90) 106; H. VANHEES, “Art. XI.335 WER” in R. STEENOOT, J. STUYK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht.*

bewijsrechtelijke tegemoetkoming naar het slachtoffer.²⁵⁵ De gerealiseerde winst in hoofde van de dader moet hij niet bewijzen.²⁵⁶ De gerealiseerde winst is ook een van de criteria die de richtlijn voorstelt om de schadevergoeding te begroten (zie supra nr. 0).

66. CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – In Frankrijk hebben ze de richtlijn omgezet in de Code de la propriété intellectuelle. De bescherming van de intellectuele eigendom in de ruime zin²⁵⁷ wordt geregeld door dezelfde vorm van winstafdracht.²⁵⁸ De winstafdracht kan ook in Frankrijk enkel toegekend worden “*pour fixer les dommages et intérêts*”²⁵⁹, zodat deze binnen de grenzen van het integraal herstel moet blijven. J.-S. BORGHETTI meent dat deze vorm van schadevergoeding richting ‘punitieve damages’ gaat, omdat dit de rechter weer de mogelijkheid geeft om (op vermomde wijze) de schadevergoeding hoger te begroten dan de reël geleden schade.²⁶⁰

67. TOCH PUNITIEF? – Het Hof van Justitie oordeelde ook al dat de richtlijn geen verbod inhoudt op een niet-compensatoire regeling in het nationale recht.²⁶¹ In 2017 stelde het Hof echter dat een vergoeding op basis van hetzelfde artikel die twee keer de misgelopen licentievergoeding bedraagt, geen probleem vormt.²⁶² Volgens het Hof kan het immers dat de dubbele vergoeding de ene keer de schade overstijgt en de andere keer lager ligt dan de schade.²⁶³ Het Hof steunt zijn argumentatie op overweging 26 van de richtlijn die noch in een verplichting noch in een verbod op het invoeren van een niet-compensatoire schadevergoeding voorziet.²⁶⁴ Het Hof zegt dat ‘punitieve damages’ op zich niet verboden zijn, zolang deze het de werkelijk geleden schade niet overschrijden op een overduidelijke en zwaarwichtige manier.²⁶⁵

Commentaar met overzicht van rechtspraak, en rechtsleer. Boek XI, Titel 9, 3. Vergoeding naar de schade geleden door de namaak, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, (1) 16.

²⁵⁵ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 105; C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 244-245.

²⁵⁶ C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 244-245.

²⁵⁷ De tekeningen en modellen, de octrooien en de merken.

²⁵⁸ S. HOCQUET-BERG, op. cit., (215) 225; M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 350

²⁵⁹ Art. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁶⁰ J.-S. BORGHETTI, “Punitive damages in France” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (55) 60.

²⁶¹ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 100.

²⁶² HvJ 25 januari 2017, *Stowarzyszenie “Olawaska Telewizja Kablowa”/Stowarzyszenie Filmowcow Polskich*, nr.C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36. De norm die werd getoetst aan de richtlijn was een Poolse wet die voorzag in de keuze voor het slachtoffer om twee keer twee keer de niet betaalde licentievergoeding te eisen, zonder schade of causaal verband aan te tonen of om de werkelijk geleden schade te bewijzen. Volgens het Hof lag de werkelijk geleden schade onder het dubbel van de niet-betaalde licentievergoeding, wat dus geen ‘punitieve damages’ uitmaakt.

²⁶³ HvJ 25 januari 2017, *Stowarzyszenie “Olawaska Telewizja Kablowa”/Stowarzyszenie Filmowcow Polskich*, nr.C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36, paragrafen 30 en 31. Zeker als men rekening houdt met de complexiteit van de schadebegroting.

²⁶⁴ HvJ 25 januari 2017, *Stowarzyszenie “Olawaska Telewizja Kablowa”/Stowarzyszenie Filmowcow Polskich*, nr.C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36, paragrafen 27 en 28.

²⁶⁵ C. VANLEENHOVE, “Punitive damages in intellectual property law – a private international law outlook” in F. PETILLION (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België. 10 jaar implementatie*

Volgens C. VANLEENHOVE heeft het Hof met dit arrest ‘punitive damages’ erkend in het intellectueel eigendomsrecht, hoewel het Hof zelf zegt hier geen uitspraak over te doen.²⁶⁶ Het Hof van Justitie heeft aldus de rechtspraak in België en Frankrijk getolereerd.²⁶⁷ Volgens mij is dit een ‘punitive uitspraak’, omdat de schade op zich al moeilijk te berekenen is. De schade kan benaderd worden, maar vermits een concrete berekening niet mogelijk is, neemt de rechter een berekenbare schadepost en vermenigvuldigt die met een bepaalde factor. Dit is dus geen vergoedende schadeberekening meer, maar eentje met een punitive in steek.²⁶⁸

b. In het Benelux-Verdrag inzake intellectuele eigendom (BVIE)

68. INTEGRALE SCHADEVERGOEDING GECOMBINEERD MET WINSTAFDRACHT? – Het BVIE voorziet in artikel 2.21 dat de merkhouders een schadevergoeding kan vragen indien zijn rechten, neergelegd in artikel 2.20 BVIE, miskend worden.²⁶⁹ Artikel 2.21, lid 4 BVIE kent daarnaast aan de merkhouders ook de mogelijkheid toe om een vordering tot winstafdracht in te stellen, indien de dader te kwader trouw handelde of als het verweer van de dader redelijkerwijze geen steek houdt.²⁷⁰ Winst draait ook hier om het nettovoordeel dat de dader ontvangt en dit zonder enige beperking.²⁷¹ De merkhouders moet kunnen aantonen dat er een causaal verband is tussen de winst en de onrechtmatige daad.²⁷² Dit was een tegemoetkoming aan de model- en merkhouders toe, omdat de geleden schade moeilijk te bewijzen is (zie supra nr. 0), de gerealiseerde winst van de dader makkelijker te berekenen

van de Europese richtlijn 2004/48, Brussel, Larcier, 2018, (203) 206-207. Indien, volgens het Hof, dit wel het geval zou zijn, dan zou de rechter ingaan tegen art. 3(2) van de richtlijn die stelt dat de maatregelen: “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” moeten zijn.

²⁶⁶ C. VANLEENHOVE, “Punitive damages in intellectual property law – a private international law outlook” in F. PETILLION (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België. 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48*, Brussel, Larcier, 2018, (203) 206 en de verwijzing daar naar de uitleg van het Hof: “[...]without there being any need to rule on whether or not the introduction of punitive damages would be contrary to Article 13[...]”.

²⁶⁷ C. VANLEENHOVE, “Punitive damages in intellectual property law – a private international law outlook” in F. PETILLION (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België. 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48*, Brussel, Larcier, 2018, (203) 210.

²⁶⁸ Zie in dezelfde zin: F. PETILLION, “Schadevergoeding voor inbreuken op intellectuele rechten: ex aequo et malo”, (noot onder Gent 19 januari 2009), *Computerrecht* 2009, 226-229.

²⁶⁹ Deze criteria uit deze vordering zijn gebaseerd op de richtlijn 2004/48/EG. Zo kan de rechter ook rekening houden met de onrechtmatige winst om die schadevergoeding toe te kennen. F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Brussel, Larcier, 2016, 201. Eenzelfde vordering is ook toegekend aan modelhouders. Zie art. 3.17, lid 4 BVIE.

²⁷⁰ Zie art. 2.21, lid 4 BVIE. Dit is geenszins een verplichting voor de rechter. T. GLADINEZ, op. cit., (90) 109.

²⁷¹ T. GLADINEZ, op. cit., 96 en 100; H. VANHEES, “Art. 2.21 BVIE”, in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IX. Intellectuele eigendom, B. Industriële eigendom*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2013, (1) 12.

²⁷² C. RONSE, “Over de winstafdracht in geval van kwade trouw en enkele andere vraagstukken in het auteursrecht” (noot onder Kh. Antwerpen 5 juni 2015), *Computerrecht* 2015, (285) 291, nr. 16; H. VANHEES, “Art. 2.21 BVIE”, in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IX. Intellectuele eigendom, B. Industriële eigendom*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2013, (1) 13.

valt en om te voorkomen dat de dader van een bewuste inbreuk een voordeel haalt uit zijn foutief handelen. (zie supra nr.0).²⁷³

69. CUMULATIEVE TOEPASSING LIJKT ONHAALBAAR – Deze winstafdracht kan in plaats van of bovenop de schadevergoeding toegekend worden, wat leidt tot een mogelijke cumul van sancties.²⁷⁴ Hoewel het een ideaal instrument lijkt om daders die te kwader trouw zijn te sanctioneren²⁷⁵, krijgt een cumulatieve toepassing dus een punitief karakter.²⁷⁶ Volgens het Benelux-Gerechtshof heeft deze cumul niet noodzakelijk een punitief karakter, maar moet het karakter van de sanctie geval per geval bekeken worden.²⁷⁷ De toekenning van een schadevergoeding samen met de winst kan tot willekeurige begrotingen leiden indien deze cumul gebruikt wordt om het speculatief karakter van daders te bestraffen en kan op die manier dicht aanleunen tegen ‘punitive damages’, die onverenigbaar zijn met het continentaal privaatrecht.²⁷⁸ Bovendien volstaat het volgens T. GLADINEZ om daders te veroordelen tot de betaling van het verschil tussen de gerealiseerde winst en de (te betalen) schadevergoeding.²⁷⁹ Gelet op de *ratio legis* van dit artikel²⁸⁰, volstaat het dus om, in het geval van een lucratieve fout, geen schadevergoeding toe te kennen aan het slachtoffer, maar enkel de winst van de dader over te brengen naar het slachtoffer.²⁸¹ Op die manier blijft de *ratio legis* van dit artikel intact en houdt de dader geen enkele winst over.²⁸² Aldus zou het hoogste bedrag van de twee (de schadevergoeding of de winst) moeten toegekend worden.²⁸³

70. COMBINATIE VAN HET BVIE EN HET WER ZORGT VOOR ONDUIDELIJKHEID – Indien er een merk nagemaakt wordt, dan zijn zowel het BVIE (voor de bescherming van het merk) en het WER (voor de betuigeling van de namaak) van toepassing. De combinatie van deze twee normen zorgt

²⁷³ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 103; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Brussel, Larcier, 2016, 202; H. VANHEES, “Art. 2.21 BVIE”, in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IX. Intellectuele eigendom, B. Industriële eigendom*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2013, (1) 11-12.

²⁷⁴ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 100; V. RASSOUL, “De afdracht van de winst gerealiseerd door de namaker als herstelmaatregel” (noot onder Rb. Dendermonde 27 oktober 2006), *RABG* 2007, (954) 956; C. RONSE, “Over de winstafdracht in geval van kwade trouw en enkele andere vraagstukken in het auteursrecht” (noot onder Kh. Antwerpen 5 juni 2015), *Computerrecht* 2015, (285) 290, nr. 14.

²⁷⁵ C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 245.

²⁷⁶ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 104; C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 245.

²⁷⁷ Beneluxhof, nr. A 2004/5/12, 24 oktober 2005 (*Delhaize/Dior*), *RW* 2007-2008, 734 en www.rvw.be, (1) 4. De hele uitspraak is online te vinden.

²⁷⁸ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 104-105.

²⁷⁹ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 103.

²⁸⁰ Voorkomen dat “de pleger van een moedwillige inbreuk ondanks een rechterlijke veroordeling baat uit zijn onrechtmatig handelen trekt”. Geciteerd door T. GLADINEZ, op. cit., (90) 103.

²⁸¹ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 103.

²⁸² T. GLADINEZ, op. cit., (90) 104.

²⁸³ C. RONSE, “Over de winstafdracht in geval van kwade trouw en enkele andere vraagstukken in het auteursrecht” (noot onder Kh. Antwerpen 5 juni 2015), *Computerrecht* 2015, (285) 291, nr. 17, zoals ook in het geannoteerde arrest beslist werd.

voor onduidelijkheid bij de rechters.²⁸⁴ Het hof van beroep van Antwerpen besliste om de schadevergoeding en de winstafdracht cumulatief op te leggen aan de dader, waarbij het preciseerde: “*de appellanten beweren ten onrechte dat deze post dubbel gebruik zou uitmaken met gedeefde winst bij berekening van de schadevergoeding.*”²⁸⁵ Het hof van beroep van Brussel kende echter enkel de winstafdracht en niet de schadevergoeding toe.²⁸⁶ Het stelt dat de winstafdracht geen punitieve schadevergoeding uitmaakt en verwijst daarbij naar het arrest-*Stowarzyszenie “Olawska Telewizja Kablowa”/Stowarzyszenie Filmowcow Polskich* van het Hof van Justitie.²⁸⁷ De rechtbank van koophandel van Antwerpen kende het hoogste bedrag van de twee toe.²⁸⁸

2.4. ‘PUNITIVE DAMAGES’

71. PRIVATE STRAF FOCUST OP DE DADER – Een private straf bestaat uit de sanctionering van elke fout en dit zonder rekening te houden met het geleden nadeel van het slachtoffer.²⁸⁹ De private straf heeft een punitief karakter, met als doel het aantal onrechtmatige daden in de samenleving naar beneden te halen.²⁹⁰ De vergoeding komt toe aan het slachtoffer, omdat er private belangen geschonden zijn, en niet die van de openbare orde.²⁹¹

2.4.1. Begrip

72. RECHTSPRAAK BEVESTIGD, DOCH GENUANCEERD – De eerste vorm van ‘punitive damages’ dook op in de rechtspraak tijdens de tweede helft van de 18^e eeuw.²⁹² De toekenning daarvan vond plaats als het gedrag van de dader de grenzen van het normale overschreed.²⁹³ Vooral bij immateriële schade,

²⁸⁴ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 93.

²⁸⁵ Antwerpen 9 mei 2016, *ICIP* 2016, 666.

²⁸⁶ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 100.

²⁸⁷ Brussel 7 februari 2017, *ICIP* 2017, (86) 87, noot T. GLADINEZ.

²⁸⁸ Kh. Antwerpen 5 juni 2015, *Computerrecht* 2015, 278, noot C. RONSE. Dit was wel een contractuele zaak.

²⁸⁹ E. NORDIN, “Private straffen in het contractenrecht beschouwd vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (147) 148; A. JAULT, *La notion de peine privée*, Parijs, LGDJ, 2005, 67-69.

²⁹⁰ E. NORDIN, “Private straffen in het contractenrecht beschouwd vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (147) 148; A. JAULT, *La notion de peine privée*, Parijs, LGDJ, 2005, 67.

²⁹¹ E. NORDIN, “Private straffen in het contractenrecht beschouwd vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (147) 148; J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr. Contra: L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 12-13 (zie supra nrs.0 en 0).

²⁹² H. BROOKE, “A brief introduction: The Origins of Punitive Damages” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (1) 1.

²⁹³ J. HERBOTS, “De punitieve vergoeding in het Engelse en Amerikaanse recht” in K. BERNAUW (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2011, (141) 143-144; H. BROOKE, “A brief introduction: The Origins of Punitive Damages” in H. KOZIOL en V.

veroorzaakt door beledigingen, werden ‘punitive damages’ toegekend.²⁹⁴ De officiële erkenning van deze vorm van schadevergoeding kwam er pas in 1964 in de zaak *Rookes v Barnard*.²⁹⁵

73. BESTRAFFEND – ‘Punitive damages’ zijn bedragen die bovenop de integrale schadevergoeding worden toegekend aan het slachtoffer als private straf voor de dader om het gestelde gedrag van deze in de toekomst te voorkomen.²⁹⁶ De ‘punitive damages’ onderstrepen het preventieve en bestraffende karakter van het schadevergoedingsrecht.²⁹⁷ Ze liggen eigenlijk op de grens tussen het privaats- en strafrecht en zijn er in de eerste plaats op gericht om te bestraffen.²⁹⁸ De bestraffing is gerechtvaardigd, omdat het foutief is om een onrechtmatige daad te begaan. Ze dient niet alleen het slachtoffer, maar ook de hele gemeenschap, wat zorgt voor de orde in de samenleving en dus het preventieve karakter benadrukt.²⁹⁹ De vergoedende functie is de minst belangrijke en gaat meer uit van het beleid om de winst van de dader te neutraliseren dan de schade van het slachtoffer te vergoeden.³⁰⁰ Tot slot dienen de ‘punitive damages’ ook om het slachtoffer te belonen voor de bijdrage aan de rechtspraak.³⁰¹

2.4.2. Mechanisme

74. RESTRICTIEVE TOEPASSING – In *Rookes v Bernard* werd besloten dat ‘punitive damages’ in principe geen toepassing kunnen vinden, omdat deze het privaats- en strafrecht door elkaar halen.³⁰² Echter was de rechter gehouden om

WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (1) 1.

²⁹⁴ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, “Privaatrechtelijke boete” in X., *Preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 1993, 5.

²⁹⁵ J. HERBOTS, “De punitive vergoeding in het Engelse en Amerikaanse recht” in K. BERNAUW (ed.), *Liber amicorum Yvette Merckiers*, Brugge, die Keure, 2011, (141) 144; V. WILCOX, “Punitive damages in England” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 7.

²⁹⁶ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 270; M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law. Tekst and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 855; W.E. PEEL en J. GOUDKAMP, *Winfield & Jolowicz: Tort*, Londen, Thomson Reuters, 2014, 692.

²⁹⁷ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 427; A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 47. Zie ook: L.T. VISSCHER, “Economic Analysis of Punitive Damages”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, 2009, 219-236.

²⁹⁸ L. MEURKENS, “The punitive damages debate 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) 5-6.

²⁹⁹ L. MEURKENS, “The punitive damages debate 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) 6.

³⁰⁰ L. MEURKENS, “The punitive damages debate 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) 6-7.

³⁰¹ C. VANLEENHOVE, “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) 337; T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WPNR* 2008, (769) 777.

³⁰² J. MORGAN, “Reflections on reforming punitive damages in English law” in L. MEURKENS en E. NORDIN, *The power of punitive damages. Is Europe missing out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012,

de bindende precedentenwerking van de common-law te respecteren en aldus ‘punitive damages’ te tolereren in de uitzonderlijke gevallen waarin deze al toegekend werden.³⁰³ ‘Punitive damages’ kunnen geldig gebruikt worden in situaties waarin het gedrag van de schadeverwekker berekende vormen aanneemt om op die manier winst te maken, zelfs na betaling van de schadevergoeding.³⁰⁴ Deze zienswijze werd, onder invloed van de House of Lords, bevestigd in de zaak *Cassel&Co Ltd. v. Broome*.³⁰⁵

75. TOEPASSING IN HET GEVAL VAN LUCRATIEVE FOUT – De schadevergoeding in het Engelse recht heeft als belangrijkste functie de vergoeding van de slachtoffers.³⁰⁶ Als er dus winst gemaakt wordt, zelfs nadat het slachtoffer vergoed werd, dan leidt dit tot een soort straffeloosheid, waartegen opgetreden moet worden, aldus DEVLIN.³⁰⁷ Hij haalt het voorbeeld van ‘libel and defamation’ aan: “*One man should not be allowed to sell another man’s reputation for profit.*”³⁰⁸ Dit is ook wat G. WILLIAMS benadrukt: volgens hem heeft het aansprakelijkheidsrecht een preventieve functie in het geval van intentionele fouten en een vergoedende functie in alle andere gevallen.³⁰⁹

76. VOORWAARDEN: OBJECTIEF EN SUBJECTIEF ELEMENT – Om over te gaan tot de toekenning van ‘punitive damages’ in het geval dat de schadeverwekker een winst boekt, moeten twee voorwaarden voldaan zijn. Ten eerste moet de schadeverwekker weten dat wat hij gaat doen onwettig is of dit had moeten weten. Hij begaat dus bewust de fout.³¹⁰ Een

(183) 184; W.E. PEEL en J. GOUDKAMP, *Winfield & Jolowicz: Tort*, Londen, Thomson Reuters, 2014, 692-693; A. VIGNON-BARRAULT, “Les dommages et intérêts punitifs” in P. PIERRE en F. LEDUC (eds.), *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux*, Brussel, Larcier, 2012, (84) 87.

³⁰³ J. HERBOTS, “De punitieve vergoeding in het Engelse en Amerikaanse recht” in K. BERNAUW (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2011, (141) 144; A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 45.

³⁰⁴ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 272-277; M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law. Tekst and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 855-856; V. WILCOX, “Punitive Damages in England”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 16. Daarnaast zijn ze ook mogelijk bij opstandig, arbitrair en ongeldig optreden van publieke ambtenaren.

³⁰⁵ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 272; W.E. PEEL en J. GOUDKAMP, *Winfield & Jolowicz: Tort*, Londen, Thomson Reuters, 2014, 692. Zie voor de ‘dissenting opinions’: J. MORGAN, “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) 184-189.

³⁰⁶ J. HERBOTS, “De punitieve vergoeding in het Engelse en Amerikaanse recht” in K. BERNAUW (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2011, (141) 141; A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 7-8 en 16.

³⁰⁷ V. WILCOX, “Punitive Damages in England”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 12.

³⁰⁸ Lord DEVLIN in *Rookes v Barnard* [1964], AC 1129, opgenomen in M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law. Tekst and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 856.

³⁰⁹ G. WILLIAMS, “The Aims of the Law of Tort” [1951] *CLP* 137, opgenomen in M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law. Tekst and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 18-19.

³¹⁰ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 275.

onzorgvuldigheid zal niet in aanmerking komen.³¹¹ Ten tweede is vereist dat de dader, goed op de hoogte van zijn daden, toch de fout begaat, omdat hij weet dat de winst de schadevergoeding zal overstijgen.³¹² Het slachtoffer moet bewijzen dat de dader hoopte op een zekere winst: “*The situation contemplated is where someone faces up to the possibility of having to pay damages for doing something which may be held to have been wrong but where nevertheless he deliberately carried out his plan because he thinks it will work out satisfactory form him.*”³¹³ Het bewijs van een handelswijze met een berekend karakter moet dus voorliggen.³¹⁴ ‘Punitive damages’ kunnen zelfs toegekend worden indien de dader uiteindelijk geen winst maakt.³¹⁵ Het is enkel de intentie om winst te maken die de ‘punitive damages’ bestraffen.³¹⁶ Indien men de winst wil afnemen van de dader, dan moet men beroep doen op de ‘resitutory damages’.³¹⁷

77. NON BIS IN IDEM OF COMPENSATORY DAMAGES HOOG GENOEG – ‘Punitive damages’ kunnen in het bovenstaande geval echter niet zomaar toegekend worden. Ten eerste mag er geen extra schadevergoeding aan het slachtoffer toekomen als de dader al op een bepaalde manier gestraft is geweest.³¹⁸ Ook wanneer de schadevergoeding de schadeverwekker voldoende raakt in zijn vermogen zijn de ‘punitive damages’ uitgesloten.³¹⁹ Tot slot hebben zowel het gedrag van het slachtoffer³²⁰ als het gedrag van de dader een invloed op de omvang van de ‘punitive damages’.³²¹

78. HOOG GENOEG OM BIJ DADER EEN BESEF TE REALISEREN – De omvang van de toegekende punitieve schadevergoeding moet voldoende groot zijn, zodat de dader gestraft wordt en dat het duidelijk wordt dat in het

³¹¹ W.E. PEEL en J. GOUDKAMP, *Winfield & Jolowicz: Tort*, Londen, Thomson Reuters, 2014, 695.

³¹² A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 275.

³¹³ Lord Morris in *Rookes v Barnard*, [1964], AC 1129, geciteerd in A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 275.

³¹⁴ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 817. Voor een toegepast voorbeeld: zie A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 49-50.

³¹⁵ W.E. PEEL en J. GOUDKAMP, *Winfield & Jolowicz: Tort*, Londen, Thomson Reuters, 2014, 694 en de verwijzingen daar.

³¹⁶ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 817.

³¹⁷ M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law. Tekst and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 857.

³¹⁸ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 280; M. LUNNEY en K. OLIPHANT, *Tort Law. Tekst and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 862 en de verwijzingen daar; V. WILCOX, “Punitive Damages in England”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 30.

³¹⁹ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 280.

³²⁰ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 280; V. WILCOX, “Punitive Damages in England”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 30-31.

³²¹ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 50.

schadevergoedingsrecht geen winst te halen valt.³²² DEVLIN haalde zelf nog aan dat de sanctie wel te allen tijde aangepast moet zijn.³²³ Om dergelijke aangepaste sanctie te begroten mag de rechter rekening houden met de zwaarte van de fout en de persoonlijke en financiële situatie van de dader³²⁴ en moet dus steeds controleren of de ‘compensatory damages’ op zich niet voldoende zijn om de dader te straffen.³²⁵

79. STRAF? – De vraag die zich stelt met het oog op een gemeenrechtelijke invoering is of de ‘punitive damages’ gekwalificeerd kunnen worden als een straf in het licht van artikel 6 EVRM. Een straf heeft twee centrale kenmerken: leedtoevoeging en het stigmatiserend effect.³²⁶ Voor de kwalificatie als straf hanteert het Europees Hof van de Rechten van de Mens een autonoom strafbegrip.³²⁷ Volgens het Hof is een sanctie een straf wanneer de sanctie elke burger kan raken, deze geen vergoedende, maar een preventieve of overtuigende functie heeft en ze een pertinente omvang kan hebben.³²⁸ Andere criteria waar het Hof rekening mee houdt voor de kwalificatie als straf zijn de internrechtelijke kwalificatie en de aard van de inbreuk.³²⁹ De criteria vooropgesteld door het EHRM lijken in de richting te wijzen van een strafrechtelijke kwalificatie van de ‘punitive damages’. Het EHRM heeft nog geen uitspraak gedaan over ‘punitive damages’ in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.³³⁰ Echter is het Verenigd Koninkrijk al jaren partij bij het EVRM, zonder dat problemen werden gemaakt rond de ‘punitive damages’ en de strafrechtelijke waarborgen, hoewel de ‘punitive damages’ niet altijd nauwkeurig omschreven worden en geen bovengrens hebben.³³¹ Er is

³²² A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 281; W.E. PEEL en J. GOUDKAMP, *Winfield & Jolowicz: Tort*, Londen, Thomson Reuters, 2014, 695.

³²³ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 281; V. WILCOX, “Punitive Damages in England”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 25; A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 50.

³²⁴ W.E. PEEL en J. GOUDKAMP, *Winfield & Jolowicz: Tort*, Londen, Thomson Reuters, 2014, 695; V. WILCOX, “Punitive Damages in England”, in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 25-26. In het geval van de schending van de eer en de goede naam en wanneer de dader een krant is, blijken deze eerder hoog te liggen. V. WILCOX, “Punitive Damages in England” in H. KOZIOL en V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 42; In *Cassel & Co Ltd. v Broome* werden er 25.000£ aan ‘punitive damages’ en 15.000£ aan ‘compensatory damages’ toegekend. In *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* raamde de rechter in beroep de ‘punitive damages’ op 50.000£ en de ‘compensatory damages’ op 25.000£.

³²⁵ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 50.

³²⁶ P. TRAEEST, C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Straf en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2017, 402.

³²⁷ J. ROZIE, “Ceci n’est pas une peine... Over de vraag hoe lang het hybride Belgische sanctiebegriff nog overeen kan blijven?” in F. DERUYCK, M. DE SWAEF, J. ROZIE, M. ROZIE, P. TRAEEST en R. VERSTRAETEN (eds.), *De wet voorbij. Liber amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (319) 323.

³²⁸ EHRM 24 februari 1994, *Bendenoum/Frankrijk*.

³²⁹ EHRM 8 juni 1976, *Engel/Nederland*.

³³⁰ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 434. Volgens het EHRM hebben ‘punitive damages’ voor een ‘breach of contract’ een burgerlijk en geen strafrechtelijk karakter (EHRM 26 december 2006, *Blake/Verenigd Koninkrijk*). Volgens I. VRANCKEN ging het om een ‘tort’ en dus eerder een onrechtmatige daad dan een wanprestatie.

³³¹ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenisrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter

hier ook geen sprake van een vrijheidsberovende straf, er wordt er geen strafblad bijgehouden en de procedure is veel flexibeler, omdat er geen onderzoeksfase is.³³² Verder hebben ‘punitive damages’ als private straf een lager stigmatiserend effect³³³, wat er voor kan zorgen dat het EHRM ook buitencontractuele ‘punitive damages’ geen strafrechtelijk karakter toedicht.

80. EHRM – Daarenboven heeft het EHRM de deur op een kier gezet voor de toekenning van ‘punitive damages’ met het arrest-*Trévalec*.³³⁴ Vóór dit arrest werd deze vorm telkens afgewezen, vermits het botste met het principe van art. 41 EVRM, dat recht geeft op een billijke genoegdoening.³³⁵ In het arrest-*Trévalec* kende het Hof, wegens uitzonderlijke omstandigheden, een extra vergoeding toe aan de benadeelde, naast de vergoeding voor de morele schade, die gezien werd als de toekenning van ‘punitive damages’.³³⁶

2.5. EVALUATIE

2.5.1. Reactie van de Belgisch-Franse rechtspraak

81. RECHTSONZEKERHEID – Sommige Belgisch-Franse rechtspraak rond de schending van de persoonlijkheidsrechten, de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht tracht de daders te bestraffen door de inbreng van een punitief element in de schadevergoeding. Deze reactie werkt rechtsonzekerheid zeker in de hand, net zoals het risico dat gelijkaardige gevallen op een andere manier beslecht worden, omdat niet alle rechters de integrale schadeloosstelling omzeilen (zie supra nrs. 0 en 0 ev.).³³⁷ Ook de

van het verbintenissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 842; E. NORDIN en D. WUYTS, “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) 420.

³³² C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 842; E. NORDIN en D. WUYTS, “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) 420.

³³³ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 846.

³³⁴ EHRM 25 juni 2013, *Trévalec/België*.

³³⁵ Artikel 41 EVRM; I. VRANCKEN, op. cit., (426) 436.

³³⁶ In dit geval ging het wel niet om een schending van de persoonlijkheidsrechten. Meneer Trévalec, een Fransman werkende in België, werd als journalist neergeschoten tijdens een nachtelijke patrouille van de politie. Hij krijgt van het Hof €50.000 extra bovenop de vergoeding die hij al gekregen had van het Franse schadefonds en de Belgische sociale zekerheid, die het Hof verantwoordt door het niet-vergoedbaar karakter van morele schade. Volgens rechter Pinto de Albuquerque is dit een vorm van ‘punitive damages’ en vindt dat de (extra) schadevergoeding, op het gebied van morele schade, een preventieve en bestraffende rol moet krijgen. “*Le temps est donc venu pour la Cour d’assumer [...] le bien-fondé de ce principe émergent, qui offre un instrument crucial d’application du droit européen des droits de l’homme et de renforcement du système de protection de ces droits.*”. Gelijklpende mening van rechter Pinto de Albuquerque bij EHRM 25 juni 2013, online beschikbaar op: www.echr.coe.int. Zie ook: I. VRANCKEN, op. cit., (426) 436.

³³⁷ B. WEYTS, “Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all”, *RW* 05-06, (1641) 1644-1646; A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; G. VINEY, “L’appréciation du préjudice”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

motivering van de rechter is op die manier niet meer transparant³³⁸ en wordt dus niet veel meer waard, omdat de rechters de echte reden achter de wijze waarop ze de schade begroten niet te kennen geven (zie supra voetnoot 155).³³⁹

82. TOEPASSING OP DE LUCRATIEVE FOUT – De toekenning van hogere morele schadevergoedingen kan er voor zorgen dat de lucratieve fout in bepaalde gevallen bestreden wordt. Het lijkt me niet onlogisch dat in sommige gevallen de gemaakte winst geneutraliseerd wordt door een hogere (punitieve) schadevergoeding. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de dader die gehoopt had op een hogere winst dan hij uiteindelijk gerealiseerd heeft. Uiteindelijk wordt die winst dan tenietgedaan door de hoge schadevergoeding. Dit zal volgens mij echter een minderheid van de gevallen zijn, omdat het aansprakelijkheidsrecht in de eerste plaats nog altijd een vergoedende functie heeft (zie supra nr. 0). De rechtspraak zal dus eerst naar de positie van het slachtoffer kijken.

2.5.2. *Vordering tot winstafdracht*

a. Voordelen

83. PLAFOND – Volgens de Nederlandse regeling zal de winstafdracht nooit hoger mogen zijn dan de geleden schade van het slachtoffer. Anders krijgt de winstafdracht een punitief karakter. Ook de variant van R. MESA, die zonder omweg altijd alle winst zou ontnemen, zou geen punitief karakter hebben. Het gaat er immers om de partijen in de toestand te brengen waarin ze zich bevonden vóór de lucratieve fout. Het gevolg hiervan is dat er dus geen rekening gehouden moet worden met strafrechtelijke waarborgen, terwijl het mechanisme wel een ontradend karakter krijgt. Immers, door de dader de winst te ontzeggen, zal hij minder snel geneigd zijn om die handeling opnieuw te stellen. Tot slot respecteren deze vormen het principe van de integrale schadeloosstelling. In Nederland wordt slechts de schade vergoed en in het geval van R. MESA gaat de schadevergoeding naar het slachtoffer en de winst naar een schadefonds. De winstafdracht in de richtlijn 2004/48/EG zou niet hoger mogen zijn dan de geleden schade, waardoor het gericht blijft op het slachtoffer. Het Hof van Justitie heeft dit recent wel een meer punitieve invulling gegeven (zie supra nr. 0). De winstafdracht in het BVIE bevat geen plafond, maar zou ook geen punitief karakter hebben als het niet meer gecombineerd wordt met de schadevergoeding. Op die manier wordt de hele winst van de dader geneutraliseerd (zie supra nr. 0).

84. BEWIJSVERLICHTING – Artikel 6:104 NBW zorgt voor een bewijsverlichting voor het slachtoffer. Dit is een positieve zaak, omdat het slachtoffer meestal een zwakkere partij is. Op die manier is de dader aan zet en wordt het moeilijker voor de dader om zijn winst te behouden. Het voorstel

³³⁸ I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS en V. DHOOGHE, “De dynamiek van het schadeverreiste (1804-heden)” in B. DEBAENE en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804-heden)*, Brugge, die Keure, 2013, (133) 154.

³³⁹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Parijs, LGDJ, 2005, 290; D. FASQUELLE, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

van R. MESA bevat ook vermoedens ten voordele van het slachtoffer. In de richtlijn 2004/48/EG en het BVIE zorgt de winstafdracht ook voor een bewijsverlichting voor het slachtoffer.

b. Nadelen

85. WINSTAFDRACHT INTEGRALE SCHADEVERGOEDING VANUIT DADERSKANT – P.-D. VIGNOLLE vindt dat de integrale winstafdracht geen oplossing biedt voor de problematiek van de lucratieve fout, omdat deze slechts een uitdrukking is van de integrale schadeloosstelling langs daderskant. Immers, de dader blijft gokken: in het beste geval houdt hij er iets aan over, in het slechtste geval moet hij zijn winst teruggeven. Daarnaast moet de rechter de winst berekenen, terwijl hij het al moeilijk heeft om de schade te begroten. Dit mechanisme zou overigens enkel werken in de gevallen waarin de winst gelijk is aan de schade. In de andere gevallen zal ofwel het slachtoffer ofwel de dader er voordeel uit halen³⁴⁰, wat indruist tegen de algemene regel dat niemand, zelfs het slachtoffer niet, een voordeel mag puren uit een onrechtmatige daad.³⁴¹

86. SCHADE IS NOOIT GELIJK AAN WINST – De materiële schade bestaat zowel in België³⁴², Frankrijk³⁴³ en in Nederland³⁴⁴ uit geleden verlies, toekomstig verlies en gederfde winst. De winst die de dader maakt is de nettowinst die hij realiseert die volgt uit de onrechtmatige daad (zie supra nr. 0).³⁴⁵ De gederfde winst uit het schadebegrip komt niet overeen met de gerealiseerde winst van de dader.³⁴⁶ De winst is dus slechts zelden een goed criterium voor de schadebegroting. De winstafdracht uit het BVIE zorgt voor een risico op een te ruime of te lage vergoeding, waardoor het louter vergoedend karakter van het aansprakelijkheidsrecht op de helling komt te staan.³⁴⁷ Bovendien is een cumul van de winstafdracht en schadevergoeding strijdig met het beginsel van de integrale schadeloosstelling, omdat een deel van de winst vaak tot vergoeding dient van de geleden verliezen, waardoor

³⁴⁰ P.-D. VIGNOLLE, “La consécration des fautes lucratives: une solution au problème d’une responsabilité civile punitive? (acte II)”, *Gaz. Pal.* 2010, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁴¹ Het Belgische Hof van Cassatie stoelt dit op het algemeen rechtsbeginsel van ‘*fraus omnia corrumpit*’: Cass. 6 november 2002, *JT* 2003, 579, noot J. KIRKPATRICK. Dit algemeen rechtsbeginsel vormt echter wel een uitzondering op de causaliteitsleer en heeft niets te maken met de schadebegroting. Nochtans wordt deze figuur soms als laatste redmiddel gezien. Zie: A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1-3 en 226. Voor het Franse Hof van Cassatie: Cass. (FR) 13 november, *D.* 2013, 2695, *RCJ* 2014, n°44, obs. CORGAS-BERNARD.

³⁴² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, boek Ibis*, Brugge, die Keure, 2013, 100.

³⁴³ M. BACACHE-GIBELLI, op. cit., 503.

³⁴⁴ Art. 6:96 NBW; T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 58; T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH, J. SPIER en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 231-232.

³⁴⁵ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 96; C. RONSE, “De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding” in F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Brussel, Larcier, 2008, (221) 243. De nettowinst bestaat dus uit de winstmarge die de dader realiseert vermenigvuldigd met het aantal verkochte items.

³⁴⁶ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 93.

³⁴⁷ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 106-107.

eenzelfde schadepost twee keer vergoed wordt.³⁴⁸ Het is dus mogelijk dat het slachtoffer zich verrijkt ten gevolge van de winstafdracht. T. GLADINEZ stelt dat een combinatie van de winstafdracht voor de gedeerde winst en een schadevergoeding voor de geleden verliezen geen inbreuk vormt op het principe van het objectief herstel, wat in de lijn ligt met de rechtspraak van het Benelux Gerechtshof (zie supra nr. 0).³⁴⁹ Echter kan een hogere vergoeding de rechtsonderhorige er toe aanzetten om te helpen om onrechtmatige daden te stoppen. Misschien ligt dan de oplossing in de toekenning van het hoogste bedrag van de twee (zie supra nr. 0).

87. SCHADE SOMS GELINKT AAN WINST – ‘Schade’ en ‘winst’ zijn zelden elkaars tegenhanger, en als dat al het geval is, dan zullen ze zelden volledig overeenkomen.³⁵⁰ In sommige gevallen zullen ze wel een link hebben. Neem het voorbeeld van iemands foto die onrechtmatig gepubliceerd wordt in een krantenartikel. Hoe meer oplagen de krant verkoopt, hoe vaker de foto aan het publiek getoond wordt en hoe hoger de morele schade.³⁵¹ Op het vlak van de schending van persoonlijkheidsrechten en de intellectuele rechten kan de schade geminimaliseerd blijven en het lucratief karakter beëindigd worden door een herstel in natura.³⁵²

88. STRAFRECHTELIJKE WAARBORGEN? – De winstafdracht uit het BVIE, zonder de schadevergoeding, is niet begrensd en kan dus hoog oplopen. Hier bestaat dus weer het risico dat deze figuur, hoewel ze slechts een ontradend of een restitutief karakter toegedicht krijgt, door het EHRM gekwalificeerd wordt als een ‘straf’ in de zin van art. 6 EVRM. De strafrechtelijke waarborgen zouden in dat geval gerespecteerd moeten worden. Volgens het Hof is een sanctie een straf wanneer een preventieve of overtuigende functie heeft en ze een aanzienlijke omvang kan hebben (zie supra nr. 0)

2.5.3. ‘Punitive damages’

a. Voordelen

89. HANDHAVING VAN HET RECHT – ‘Punitive damages’ kunnen een efficiënt effect hebben bij tal van voorbeelden en vooral bij de schending van persoonlijkheidsrechten en criminaliteit op laag niveau.³⁵³ In het geval van lucratieve fouten bestraffen de ‘punitive damages’ de winst en het feit dat de

³⁴⁸ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 107.

³⁴⁹ T. GLADINEZ, op. cit., (90) 107. De gedeerde winst van het slachtoffer maakt immers (tot op een zekere hoogte) deel uit van de gerealiseerde winst van de dader.

³⁵⁰ T.E. DEURVORST, “Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW”, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, (57) 57.

³⁵¹ Immers, hoe meer mensen de foto zien, hoe groter de reputatieschade. Zie: Rb. Brussel 15 oktober 2009, *AM* 2010, 202 en Rb. Brussel 19 mei 2000, *AM* 2000, 338.

³⁵² W. VAN GERVEN en A. VAN OEVLEN, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 462-463. Zoals bijvoorbeeld een stakingsvordering en een bevel om geproduceerde stukken te vernietigen. Voor de persoonlijkheidsrechten kan inzake perszaken de bewuste publicatie verwijderd worden, onder verbeurte van een dwangsom. Bij de intellectuele eigendom kan dit door middel van een stakingsvordering.

³⁵³ H.O. KERKMEESTER, “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, (1807) 1807.

dader erop gokte dat hij niet (snel) ontdekt zou worden.³⁵⁴ Wanneer de schade moeilijk te ramen valt wordt er via een extra bedrag voor gezorgd dat de schade zeker vergoed wordt, wat uiteraard niet wegneemt dat het slachtoffer zijn schade nog moet bewijzen.³⁵⁵ Verder kan een extra vergoeding de winst neutraliseren.³⁵⁶ Door de slachtoffers meer dan alleen de schade toe te kennen, zullen ze sneller actie ondernemen, waardoor deze gevallen aangepakt worden.³⁵⁷ Via deze weg kunnen deze gevallen voorkomen worden en wordt ingezet op het preventieve aspect van het aansprakelijkheidsrecht, op voorwaarde dat ze niet verzekeraar zijn.³⁵⁸ Ook kan zo het formele en rigide en soms inefficiënte strafrecht omzeild worden. Het slachtoffer heeft immers meer invloed op de burgerlijke procedure dan op de strafrechtelijke procedure.³⁵⁹ Daarnaast weet het strafrecht slechts een fractie van de criminaliteit op te lossen. Ook sluit het aan bij het gevoel van rechtvaardigheid.³⁶⁰ ‘Punitive damages’ belonen ook de slachtoffers die de moed hebben om een proces te beginnen, terwijl de gerechtskosten in de civil-law landen eerder een obstakel vormen.³⁶¹

90. EUROPEES UNIERECHT – Zoals hierboven uiteengezet (zie supra nr. 0) zendt het Hof van Justitie preventieve signalen uit om de handhaving van het Unierecht via het nationaal recht te garanderen. Dit leidt tot gevallen waarin een vergoeding ten gevolge van een schending van het EU-recht in Engeland kan leiden tot de toekenning van ‘punitive damages’, terwijl eenzelfde schending in een civil-law land, geen mogelijkheid krijgt om vergoed te worden door ‘punitive damages’.³⁶² De Unie weet zelf niet welke positie ze moet innemen, omdat in de Unie zowel landen de common-law traditie aanhangen als het civil-law systeem.³⁶³ Het Hof van Justitie heeft in het arrest-*Manfredi*

³⁵⁴ L. MEURKENS, “The punitive damages debate 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) 42. MEURKENS vermeldt dat ook bij strooischade ‘punitive damages’ een preventief effect kunnen teweegbrengen.

³⁵⁵ R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁵⁶ S. HOCQUET-BERG, op. cit., (215) 232.

³⁵⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁵⁸ S. HOCQUET-BERG, op. cit., (215) 232; H.O. KERKMEESTER, “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, (1807) 1807.

³⁵⁹ R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁶⁰ A. BURROWS, *Remedies for torts and breach of contracts*, Londen, Butterworths, 1994, 283; S. PIEDELIEVRE, “Les dommages et intérêts punitifs: une solution d’avenir”, *Resp. civ. ass.* 2001, afl. 6bis, (68) 69.

³⁶¹ T. HARTLIEF, “Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?”, *WPNR* 2008, (769) 770.

³⁶² Bovendien vormt er zich dan ook een probleem met de uitvoering en erkenning van een Engelse uitspraak voor een schending van het EU-recht in een continentaal rechtssysteem. Zie: C. VANLEENHOVE, “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) 347.

³⁶³ Zie over de twijfel in allerhande voorbereidende werken van de Commissie: B. KOCH, “Punitive damages in European Law” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages*:

gezegd dat ‘punitive damages’ geen probleem vormen, omdat ze aanvaard zijn in het Engels recht (zie supra nr. 0) B. KOCH waarschuwt wel dat er voorzichtig moet omgesprongen worden met de *Manfredi*-rechtspraak.³⁶⁴ Het Hof van Justitie heeft echter recent nog aangenomen dat ‘punitive damages’ mogelijk zijn in het intellectueel eigendomsrecht (zie supra nr. 0)

91. REEDS VERDOKEN BESTAAN VAN PUNITIEVE SCHADEVERGOEDINGEN

– Tot slot zijn de ‘punitive damages’ de facto al in het Belgische en het Franse rechtssysteem aanwezig, alleen zijn ze nog niet aanvaard.³⁶⁵ De erkenning van ‘punitive damages’, die tot op vandaag een verdoken bestaan lijken te leiden (zie supra nrs. 0, 0 en 0), zou alleen maar een aanvaarding zijn van de rechtspraktijk in België en in Frankrijk.³⁶⁶ Ook in het intellectuele eigendomsrecht lijken bestraffende schadevergoedingen aanvaard door het Hof van Justitie (zie supra nr. 0)

b. Nadelen

92. MOGELIJKE STRAFRECHTELIJKE WAARBORGEN –

Hoewel het niet duidelijk is of de ‘punitive damages’ een straf uitmaken in de zin van artikel 6 EVRM (zie supra nr. 0), hebben ze wel een bestraffend karakter (zie supra nr. 0) en moeten ze misschien voldoen aan de waarborgen van het strafproces.³⁶⁷ Met name het legaliteitsvereiste impliceert dat elke sanctie met een punitief karakter heel precies de toepassingsgevallen omschrijft. En laat net dit het probleem zijn bij een gemeenrechtelijk regime als dat van de burgerlijke aansprakelijkheid, net zoals het proportionaliteitsvereiste, omdat men hierbij rekening moet houden met de zwaarte van de fout.³⁶⁸ Dit heeft ook tot gevolg dat de ‘punitive damages’ geplafonneerd moeten worden, met als risico dat de dader nadien toch nog een winst overhoudt.

93. STRAFRECHT VERSUS PRIVAATRECHT – Een wijdverspreide kritiek op de ‘punitive damages’ is ook dat ze het onderscheid tussen het straf- en privaatrecht ondermijnt.³⁶⁹ In het continentaal rechtssysteem is er een strikt

Common Law and Civil Law Perspectives, Wenen, Springer, 2009, (197) 197-200; C. VANLEENHOVE, “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) 338-342.

³⁶⁴ B. KOCH, “Punitive damages in European Law” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (197) 207-209.

³⁶⁵ E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14, (522) 536.

³⁶⁶ M. ISGOUR, “La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l’honneur” in R. ROBAYE, *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, (81) 132; S. HOCQUET-BERG, op. cit., (215) 232.

³⁶⁷ C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintenisrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenisrecht”, *TPR* 2007, (799) 841-851; S. HOCQUET-BERG, op. cit., (215) 233-234.

³⁶⁸ R. MESA, “La consécration d’une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives?”, *Gaz. Pal.* 2009, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁶⁹ L. MEURKENS, “The punitive damages debate 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) 5; I. VRANCKEN, op. cit., (426) 428-429; R. MESA, “La

onderscheid tussen deze twee en is het enkel aan het strafrecht om te straffen.³⁷⁰ We moeten dus opletten voor de private handhaving en een claimcultuur die uit de hand kan lopen.³⁷¹ De burgerlijke procedure en de strafrechtelijke procedure staan los van elkaar, vermits er een verschil is tussen het individueel belang en het openbaar belang.³⁷² Hieruit volgt dat de dader zich niet kan beroepen op de strafprocesrechtelijke waarborgen en dreigt ook het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zo op losse schroeven te komen.³⁷³ Tot slot beschikt de burgerlijke procedure ook niet over de onderzoeksmiddelen die een strafprocedure wel heeft. Daarom zou er een samenwerking moeten kunnen zijn tussen de burgerlijke rechter en de strafrechter.³⁷⁴

94. ‘PUNITIVE DAMAGES’ ZIJN ONVERENIGBAAR MET DE REGEL VAN DE INTEGRALE SCHADELOOSSTELLING – Het principe van de ‘punitive damages’ druipt in tegen de regel van de integrale schadevergoeding.³⁷⁵ Het slachtoffer mag zich niet verrijken.³⁷⁶ In het geval van ‘punitive damages’ krijgt het slachtoffer meer dan alleen de schade uitgekeerd en bevindt zich aldus in een betere situatie dan voordien. Anders zou het een lucratieve fout voor het slachtoffer worden, wat de poorten richting een claimcultuur verder zou openen³⁷⁷, waardoor een ongerechtvaardigde situatie tot stand komt tussen het

consécration d’une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives?”, *Gaz. Pal.* 2009, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; H.O. KERKMEESTER, “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, (1807) 1810.

³⁷⁰ J.-S. BORGHETTI, “Punitive damages in France” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (55) 68; V. WILCOX, “Punitive damages in England” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 32-33; A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 52.

³⁷¹ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 438-439.

³⁷² R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁷³ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 431-437; R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 52.

³⁷⁴ R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁷⁵ L. MEURKENS, “The punitive damages debate 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) 13-15; I. VRANCKEN, op. cit., (426) 430-431; J.-S. BORGHETTI, “Punitive damages in France” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (55) 69; R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *PA* 2005, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁷⁶ E. VERJANS, “Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten”, *RW* 13-14, (522) 536; I. VRANCKEN, op. cit., (426) 437-438; J. MEADEL, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; S. PIEDELIEVRE, “Les dommages et intérêts punitifs: une solution d’avenir”, *Resp. civ. ass.* 2001, afl. 6bis (68) 71; V. WILCOX, “Punitive damages in England” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (7) 36.

³⁷⁷ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 437; M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; D. FASQUELLE, op. cit., online beschikbaar op: www.lextenso.fr; H.O. KERKMEESTER, “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, (1807) 1810-1811.

slachtoffer dat wel gerechtelijke stappen onderneemt en het slachtoffer dat dat niet doet.³⁷⁸ Bovendien krijgt de rechter bij de toekenning van ‘punitive damages’ weer een appreciatiebevoegdheid, waarop geen grenzen staan.³⁷⁹ Tot slot zou de invoering van ‘punitive damages’ tot gevolg hebben dat de toegekende schadevergoeding zou afhangen van de geleden schade én van de zwaarte van de fout, wat tot op heden stelselmatig afgeblokt werd (zie supra nr. 0).³⁸⁰ De introductie zou ook tot gevolg hebben dat het schadevereiste minder belangrijk wordt³⁸¹, met als gevolg dat het persoonlijk karakter van de schadevergoeding verdwijnt en het aansprakelijkheidsrecht meer een anticiperende functie krijgt.³⁸²

3. BURGERLIJKE BOETE

3.1. BEGRIP

95. PRIVAATRECHTELIJKE BOETE IS GEEN PRIVATE STRAF – Een privaatrechtelijke boete lijkt te beantwoorden aan de definitie van een private straf (zie supra nr. 0). Een burgerlijke of privaatrechtelijke boete bestaat wanneer het slachtoffer een vergoeding toegewezen krijgt door de burgerlijke rechter, en deze niet tot doelstelling heeft om de schade te dekken, maar om de dader te bestraffen voor een fout die niet in het strafrecht bestraft wordt.³⁸³ Op die manier wil de rechter een bepaald gedrag ontmoedigen.³⁸⁴ De rechter zal dan de boete begroten aan de hand van factoren, gelinkt aan de dader (en niet aan het slachtoffer), en de boete zal toekomen aan het slachtoffer, en niet aan de staat.³⁸⁵ De burgerlijke boete in het Franse voorontwerp komt echter niet toe aan het slachtoffer, maar aan de schatkist of aan een slachtofferfonds.³⁸⁶ De burgerlijke boete in het Franse voorontwerp beantwoordt dus niet aan de definitie van de private straf.

³⁷⁸ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 438;; A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

³⁷⁹ J.-S. BORGHETTI, “Punitive damages in France” in H. KOZIOL en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (55) 69.

³⁸⁰ S. PIEDELIEVRE, “Les dommages et intérêts punitifs: une solution d’avenir”, *Resp. civ. ass.* 2001, afl. 6bis (68) 69

³⁸¹ Dit zou dan tegemoet komen aan het feit dat morele schade en economische schade ingeval van oneerlijke concurrentie moeilijk te becijferen zijn. Zie supra nrs. 0 en 0. In Frankrijk lijkt het Hof van Cassatie die weg al genomen te hebben op het vlak van persoonlijkheidsrechten en het mededingingsrecht. Zie supra nrs. 0 en 0.

³⁸² S. PIEDELIEVRE, “Les dommages et intérêts punitifs: une solution d’avenir”, *Resp. civ. ass.* 2001, afl. 6bis (68) 70-71.

³⁸³ J. BOOT, “Privaatrecht en boete. Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging”, *Ars Aequi* 2008, (200) 202; W.M.K SLOK en A.J. VAN, “De privaatrechtelijke boete en artikel 6:106 Nieuw BW”, *NJB* 1990, (1823) 1827. A.T. BOLT en J.A.W. LENSING verwijzen naar ‘punitive damages’ als een burgerlijke boete: A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op cit., 5.

³⁸⁴ J.-L. FAGNART, “La peine privée: une réalité qui dérange?” in X, *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, (133) 136.

³⁸⁵ J. BOOT, “Privaatrecht en boete. Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging”, *Ars Aequi* 2008, (200) 202; W.M.K SLOK en A.J. VAN, “De privaatrechtelijke boete en artikel 6:106 Nieuw BW”, *NJB* 1990, (1823) 1827.

³⁸⁶ Zie de vijfde zin van artikel 1266-1 van het Franse voorontwerp.

96. BURGERLIJKE BOETE IN ANDERE RECHTSTAKKEN – In Frankrijk bevat, naast het strafrecht³⁸⁷, het handelsrecht bepalingen die de lucratieve fout proberen te bestrijden, met name in het mededingingsrecht.³⁸⁸ In de Belgische rechtsorde vinden we amper burgerlijke boetes terug. In art. 780bis Gerechtelijk Wetboek (hierna: Ger. W.) vinden we een boete ter bestrijding van roekeloze gedingen.³⁸⁹

97. STRAF(PROCES)RECHT HAPERT – A.T. BOLT en J.A.W. LENSING menen dat een privaatrechtelijke boete handig kan zijn in meerdere situaties. Ze vermelden de situaties waarin de vervolging sneuvelt tijdens het (straf)proces, wanneer het Openbaar Ministerie van oordeel is dat een strafzaak niet nodig of efficiënt meer is, eens het slachtoffer ook een burgerlijke procedure is begonnen en wanneer het strafrecht een minder adequate sanctie oplegt.³⁹⁰ Mijns inziens lijkt het laatste geval niet mogelijk. Eens een strafsancie verkregen, lijkt het mij gelet op het non-bis in idem beginsel moeilijk om nadien, via een privaatrechtelijke boete, nog eens een bestraffing te bekomen. In elk geval moet ze over een subsidiair karakter beschikken: eens het parket de vervolging start, wordt de privaatrechtelijke boete uitgesloten.³⁹¹ Dit is volgens mij onvolledig. Er zijn immers situaties waarin de vervolging gestart is, maar onderweg door omstandigheden sneuvelt.³⁹² Het subsidiair karakter zou dus voor een tijdelijke uitsluiting kunnen zorgen in plaats van een volledige. De geïsserde fout zou een opzettelijke fout zijn met een ruime invulling, zeker als de dader belust is op een materieel voordeel achteraf.³⁹³ De rechter kan met de graad van opzet rekening houden bij het begroten van de boete.³⁹⁴

3.2. BURGERLIJKE BOETE IN HET GERECHTELIJK RECHT

98. BURGERLIJKE BOETE IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT – Een voorbeeld van de burgerlijke boete die zowel in de Belgische als de Franse rechtsorde bestaat is de boete voor een tergend en roekeloos geding. Beiden zijn gemeenrechtelijke boetes in het procesrecht.³⁹⁵ In België is deze

³⁸⁷ Het Franse strafrecht voorziet voor lucratieve fouten een verhoogde boete, rekening houdend met de financiële situatie van de dader, de reeds uitgesproken straf voor de dader en het ontradend effect van de boete. Zie: R. MESA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime”, *JCP(G)* 2012, (1017) 1017.

³⁸⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, , online beschikbaar op: www.lexisnexis.fr; R. MESA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime”, *JCP(G)* 2012, (1017) 1018; S. SCHILLER, “Les perspectives d’application aux sanctions civiles”, *JCP(E)* 2015, online beschikbaar op: www.lexisnexis.fr.

³⁸⁹ Andere voorbeelden zijn art. 1456 en 1542 Ger. W., waarin een boete wordt opgelegd indien de voorwaarden van het derdenbeslag niet gerespecteerd worden. I. VRANCKEN, op. cit., (426) 429.

³⁹⁰ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 84-85.

³⁹¹ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 85.

³⁹² Denk bijvoorbeeld aan procedurefouten en verjaring.

³⁹³ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 85.

³⁹⁴ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 85.

³⁹⁵ S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid van het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidssleer herbekeken” in B. MAES en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De procesrechtswetten van 2007... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 94; S.-A. MEKKI en Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Parijs, Thémis, 2014, 85.

ingeschreven in art. 780bis Ger. W. Frankrijk voorziet daarvoor in een artikel 32-1 van de Code de la Procédure Civile (hierna: CPC).

99. BEWUST VERSTOREN VAN DE PROCESRECHTELIJKE GANG VAN ZAKEN

– Tergende en roekeloze gedingen worden in België bestraft met een boete, neergelegd in art. 780bis Ger. W.³⁹⁶ Zij kan opgelegd worden door elke rechter indien vaststaat dat een partij misbruik maakt van een recht om de procesrechtsgang te bemoeilijken.³⁹⁷ De boete dient om de dader te bestraffen die de schade bij de openbare dienst van de rechtsbedeling heeft veroorzaakt, en om dit misbruik te voorkomen.³⁹⁸ De boete komt toe aan de overheid en heeft dus als doel om de schade aan de gemeenschap te vergoeden³⁹⁹ en niet omdat ze schade toebrengt aan de tegenpartij.⁴⁰⁰ Het procesrechtsmisbruik wordt omschreven als het gebruik van een procedure op een manier die het normaal gebruik door een normaal en voorzichtig persoon, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak.⁴⁰¹ Hiervoor is een opzettelijke fout vereist.⁴⁰² De rechter kan deze boete ambtshalve toekennen.⁴⁰³ De rechter beslist zelf over de hoogte van de boete en kan daarbij rekening houden met de geleden schade door de rechtssysteem, het gedrag van de dader en zijn financiële mogelijkheden.⁴⁰⁴ Volgens M. STASSIN kan ze nog wat hoger liggen om een daadwerkelijk overtuigend effect te genereren.⁴⁰⁵

³⁹⁶ M. STASSIN, “L’amende civile”, *JT* 2017, (165) 165.

³⁹⁷ M. STASSIN, “L’amende civile”, *JT* 2017, (165) 165.

³⁹⁸ S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid van het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in B. MAES en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De procesrechtswetten van 2007... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 95; X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arrêté judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 244. In de voorbereidende werken werd er ook gewag gemaakt van een hogere schadevergoeding.

³⁹⁹ X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arrêté judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 236. Hij verwijst ook naar de uitspraak van de toenmalige minister van Justitie die zei dat: “il est indispensable d’y remédier non seulement de manière preventive mais aussi en sanctionnant les comportements dont il est prouvé qu’ils relèvent d’une réelle volonté dilatoire ou d’abus”.

⁴⁰⁰ G. ELOY, “La procédure téméraire et vexatoire” in X., *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, (1) 30.

⁴⁰¹ S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid van het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in B. MAES en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De procesrechtswetten van 2007... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 97; M. STASSIN, “L’amende civile”, *JT* 2017, (165) 166. De specifieke criteria zijn diegene van het rechtsmisbruik in het gemeen recht.

⁴⁰² J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 528; S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid van het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in B. MAES en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De procesrechtswetten van 2007... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 98. Contra: G. ELOY, “La procédure téméraire et vexatoire” in X., *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, (1) 31.

⁴⁰³ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 529. De rechter moet wel het recht van verdediging eerbiedigen door de debatten te heropenen.

⁴⁰⁴ M. STASSIN, “L’amende civile”, *JT* 2017, (165) 169.

⁴⁰⁵ M. STASSIN, “L’amende civile”, *JT* 2017, (165) 172.

100. PUNITIEF KARAKTER – Het Grondwettelijk Hof oordeelde over de voorganger van art. 780bis Ger. W.⁴⁰⁶ dat die bepaling een strafrechtelijk karakter had in de zin van artikel 6 EVRM.⁴⁰⁷ Over het huidige artikel heeft het Grondwettelijk Hof zich nog niet uitgesproken, maar de rechtsleer neemt aan dat art. 780bis Ger. W., vanwege de gelijkenis, ook een strafrechtelijk karakter zal toegemeten krijgen.⁴⁰⁸

101. PUNITIEF KARAKTER IN FRANKRIJK? – Ook Frankrijk heeft een burgerlijke boete in het procesrecht.⁴⁰⁹ Artikel 32-1 CPC bepaalt dat iedereen die procesrechtsmisbruik pleegt veroordeeld kan worden tot een burgerlijke boete.⁴¹⁰ Net zoals in België is dit een gemeenrechtelijke bepaling in het gerechtelijk recht.⁴¹¹ Zij heeft als doel om de collectieve schade te vergoeden en om procesrechtsmisbruik te voorkomen.⁴¹² De rechter kan deze boete ambtshalve opwerpen.⁴¹³ De Franse Raad van State oordeelde dat deze burgerlijke boete geen punitief karakter heeft.⁴¹⁴ Een van de criteria van het EHRM om te bepalen of een sanctie een straf uitmaakt is de zwaarte van de impact van de sanctie (zie supra nr. 0).⁴¹⁵ Een burgerlijke boete die niet te hoog ligt is volgens M. BEHAR-TOUCHAIS dus geen straf in de zin van art. 6 EVRM.⁴¹⁶ Volgens het EHRM zelf is een burgerlijke boete geen straf in de zin van artikel 6 indien de boete dient om de orde in het procesrecht te handhaven.⁴¹⁷

⁴⁰⁶ Het vroegere artikel 1072bis Ger. W. voorzag enkel een boete in geval van een tergend of roekeloos hoger beroep. Art. 780bis Ger. W. geeft dit nu dus een gemeenrechtelijk karakter in het procesrecht.

⁴⁰⁷ Arbitragehof 1 december 1993, nr. 82/93, *TBP*, 1994, (362) 363.

⁴⁰⁸ G. ELOY, “La procédure téméraire et vexatoire” in X., *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, (1) 30; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 529; M. STASSIN, “L’amende civile”, *JT* 2017, (165) 169 en de verwijzingen aldaar.

⁴⁰⁹ Dit is nochtans niet de enige burgerlijke boete in het Franse Gerechtelijk Wetboek. Bovendien bestaan er ook andere burgerlijke boetes in het Franse recht. Zie: M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴¹⁰ “Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d’un maximum de 10 000 € sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.” Ingevoerd door artikel 14 van het decreet van 20 januari 1978. Het bedrag werd later verhoogd en in 2017 opgetrokken naar €10.000 door het decreet van 6 mei 2017.

⁴¹¹ S.-A. MEKKI en Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Paris, Thémis, 2014, 85.

⁴¹² E. BLARY-CLEMENT, “Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil”, *JCP(G)* 1991, I, 3534, nr.25.

⁴¹³ E. BLARY-CLEMENT, “Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil”, *JCP(G)* 1991, I, 3534, nr.26.

⁴¹⁴ CE (FR) 31 oct. 1980, *D.* 1981, *IR* 111, obs. Delvolvé; *JCP(G)* 1983, II, 20003, noot J.-B. AUBY; CE (FR) 5 juli 1985, *JCP(G)* 1985, II, 20478, concl. JEANNENEY, *Gaz. Pal.* 1985, II, 745, noot GUINCHARD en MOUSSA, *RTD. Civ.* 1986, 169, obs. J. NORMAND; M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr. Vroeger lag de boete van dit artikel op een maximum van 1.500€, nu ligt het bedrag op €10.000.

⁴¹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴¹⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴¹⁷ EHRM 23 maart 1994, *Ravnborg/Zweden*; E. NORDIN, “Private straffen in het contractenrecht beschouwd vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (147) 158.

102. FOCUS OP HET COLLECTIEVE – De burgerlijke boete verlegt de aandacht naar de schade die de rechtsbedeling lijdt ten gevolge van procesrechtsmisbruik. Niemand heeft baat bij dergelijke schade, omdat we allemaal de nadelige gevolgen ondergaan. Daarnaast hoopt de eiser alsnog een positieve uitspraak te verkrijgen, terwijl hij weet dat het onwaarschijnlijk is. Door het procesrechtsmisbruik wordt het rechtsprekend apparaat immers vertraagd, opdat een individu er voordeel uit zou kunnen halen. Het idee dat hier achter zit vinden we ook terug bij de lucratieve fout. Bij beide fouten probeert de dader een onwettig voordeel te halen uit de rechtsregels en rechtsmiddelen en zo het respect voor de rechtsorde te negeren.

3.3. BURGERLIJKE BOETE IN HET FRANSE VOORONTWERP⁴¹⁸

103. VERBETERDE VERSIE EN WERKPUNTEN – De burgerlijke boete is ingeschreven in artikel 1266-1 van het voorontwerp.⁴¹⁹ Deze tweede versie van de tekst heeft rekening gehouden met de geleverde kritiek op de eerste versie.⁴²⁰ Het toepassingsgebied is enkel nog de buitencontractuele aansprakelijkheid en het is nu duidelijk dat zowel het slachtoffer als het openbaar ministerie de boete kan vragen.⁴²¹ Het plafond van de boete is naar beneden getrokken en de verzekeraar kan niet in het geschil betrokken worden.⁴²²

⁴¹⁸ In Frankrijk is men al sinds 2005 bezig met de bestrijding van de lucratieve fout. In 2005 kwam P. CATALA met het voorstel om ‘punitive damages’ in te voeren. Zie: P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Parijs, La documentation française, 2006, 168. In 2009 bevestigden L. BETEILLE en A. ANZIANI de zienswijze van P. CATALA. Zie voor een korte samenvatting: L. BETEILLE en A. ANZIANI, “Responsabilité civile: des évolutions nécessaires”, *D.* 2009, 2328. In 2011 stelde de werkgroep TERRE een winstafdracht voor. Zie: F. TERRE, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 2011, 224p. Vergelijk deze tekst met het voorstel van I. VRANCKEN over ‘punitive damages’ in een art. 1383bis BW. I VRANCKEN, op. cit., (426) 447.

⁴¹⁹ In de eerste versie stond de burgerlijke boete in het artikel 1266 van het voorontwerp. Deze versie valt online te raadplegen op: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf.

⁴²⁰ Zie voor de kritieken op de eerste versie van de burgerlijke boete: A. BALLOT-LENA, “Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l’amende civile consacrée: 1^o partie (art. 1266)”, *Editions Dalloz* 2015, online beschikbaar op: www.reforme-obligations.dalloz.fr; A. BALLOT-LENA, “Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l’amende civile consacrée: 2^o partie (art. 1266)”, *Editions Dalloz* 2015, online beschikbaar op: www.reforme-obligations.dalloz.fr; S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, 42-46; P. CHAUVIRE, “Les effets de la responsabilité civile: l’art et la technique du compromis. Réponse à la consultation publique, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, (131) 146; T. D’ALES en L. TERDJMAN, “L’introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de responsabilité civile: le Rubicon sera-t-il franchi?”, *AJ Contrat* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴²¹ J.-S. BORGHETTI, “Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017”, *D.* 2017, beschikbaar op: www.dalloz.fr; A.-S. CHONE-GRIMALDI, “Le projet de de la responsabilité civile: observations article par article”, *Gaz. Pal.* 2017, online beschikbaar op: www.lexenso.fr.

⁴²² J.-S. BORGHETTI, “Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017”, *D.* 2017, beschikbaar op: www.dalloz.fr; A.-S. CHONE-GRIMALDI, “Le projet de de la responsabilité civile: observations article par article”, *Gaz. Pal.* 2017, online beschikbaar op: www.lexenso.fr.

3.3.1. *Functie*

104. MORALISEREND EN REGLEMENTEREND – De boete zou de (traditionele) moraliserende functie van het aansprakelijkheidsrecht onderstrepen, zeker in de gevallen waar de lucratieve fout veel voorkomt, namelijk de schending van persoonlijkheidsrechten, de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht.⁴²³ De boete weet immers de fout én de gevolgen, los van de schade, te bestraffen.⁴²⁴ De boete staat helemaal los van de schadevergoeding die de dader moet betalen. Ook de parameters waarmee de boete bepaald wordt, worden al gebruikt.⁴²⁵ Tot slot zorgt de bepaling van de boete voor rechtszekerheid en ook de bestemming van de boete, een schadefonds, wordt positief onthaald. Hiermee lijkt de Franse wetgever gehoor te hebben gegeven aan de uiteenzetting van R. MESA (zie supra nr. 0). De eerste versie van de tekst gaf enkel de schatkist aan als bestemming van de boete. Dit werd bekritiseerd, omdat het in dat geval meer het karakter van een strafrechtelijke boete had.⁴²⁶ Deze toewijzing van de boete zou voor een bewustzijn bij de dader moeten zorgen.⁴²⁷ E. DREYER is echter heel kritisch over de efficiëntie van dergelijke burgerlijke boete.⁴²⁸

3.3.2. *Toepassingsgebied*

105. ENKEL DE BUITENCONTRACTUELE LUCRATIEVE FOUT – Het toepassingsgebied van de burgerlijke boete omhelst enkel nog de buitencontractuele aansprakelijkheid.⁴²⁹ In de eerste tekst was de contractuele aansprakelijkheid ook inbegrepen, wat de kritiek opleverde dat dit botste op de wilsautonomie van de partijen. De kritiek luidde dat de partijen zelf een strafbeding kunnen voorzien om wanprestaties te bestraffen.⁴³⁰ Door in het gemene recht nog een extra sanctie te plaatsen zou hen die vrijheid ontnomen worden. Het beperkte toepassingsgebied wordt door sommige auteurs

⁴²³ A. BALLOT-LENA, “Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l’amende civile consacrée: 1^o partie (art. 1266)”, *Editions Dalloz* 2015, online beschikbaar op: www.reforme-obligations.dalloz.fr; N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴²⁴ N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴²⁵ S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 43.

⁴²⁶ A. GARRAUD, “La faute lucrative et sa sanction, ou l’ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴²⁷ S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 43.

⁴²⁸ E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr. Zo ziet hij de grootste daders van lucratieve fouten naar het buitenland trekken die zo de boete kunnen ontlopen.

⁴²⁹ Zie de eerste alinea van het artikel.

⁴³⁰ Bovendien had men schrik dat het Franse recht systematisch aan de kant zou worden gezet bij internationale geschillen.

betreurd, vermits lucratieve fouten ook in contractuele relaties voorkomen (zie supra voetnoot 25).⁴³¹

106. OP VORDERING VAN HET SLACHTOFFER EN HET PARKET – Zowel het slachtoffer als het openbaar ministerie kunnen de boete vragen.⁴³² Het is logisch dat zowel het openbaar ministerie als het slachtoffer de boete kunnen vorderen. Het openbaar ministerie omdat zij de hoeder is van de openbare orde⁴³³ en het slachtoffer omdat zij, hoewel ze de boete niet kan ontvangen, zo een impuls kan geven aan herstellen van het rechtsgevoel. Zij heeft als het ware een “*intérêt à la normativité*”.⁴³⁴ De rechter kan dus niet zelf ambtshalve deze boete opleggen, tenzij dit artikel als van openbare orde gezien wordt.⁴³⁵ Vermits de slachtoffers van lucratieve fouten meestal een zwakkere positie hebben tegenover de dader⁴³⁶ zou de rechter deze boete misschien ook zelf van rechtswege moeten kunnen opleggen.⁴³⁷

107. OMSCHRIJVING VAN DE FOUT IS DUIDELIJK(ER) – Ook het lucratief element van de fout is nu duidelijker omschreven dan voorheen.⁴³⁸ Zoals in de eerste versie ook al het geval was, moet er sprake zijn van een opzettelijke fout, zodat aansprakelijkheid zonder fout en fouten door onachtzaamheid niet bestraft worden.⁴³⁹ De fout moet een onwettig voordeel voortbrengen, een criterium waarmee de rechter rekening kan houden om de boete te

⁴³¹ S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 43; A-S. CHONE-GRIMALDI, “Le projet de de la responsabilité civile: observations article par article”, *Gaz. Pal.* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴³² Zie de eerste alinea van het artikel.

⁴³³ Contra: E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr. Hij vindt het bizar dat het parket bevoegd is, terwijl men net het beroep op het strafrecht wil vermijden.

⁴³⁴ N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr. Contra: E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴³⁵ N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴³⁶ Bijvoorbeeld een kleine onderneming die wil procederen tegen een multinational of een bekend persoon tegen de pers.

⁴³⁷ A. BALLOT-LENA, “Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l’amende civile consacrée: 2^o partie (art. 1266)”, *Éditions Dalloz* 2015, online beschikbaar op: www.reforme-obligations.dalloz.fr; P. CHAUVIRE, “Les effets de la responsabilité” in M. MEKKI (ed.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile: l’art et la technique du compromis. Réponse à la consultation publique, Issy-les-Moulineaux, LGDJ*, 2016, (131) 146. M.-A. CHARDEAUX oppert om ook andere belanghebbenden zoals verenigingen of beheerders van schadefondsen, die een link hebben met de situatie aan te duiden als mogelijke eisers van de boete: M.-A. CHARDEAUX, “L’amende civile”, *PA* 2018, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴³⁸ J.-S. BORGHETTI, “Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017”, *D.* 2017, beschikbaar op: www.dalloz.fr. Met de woorden “*économie*” (uitsparing van een kost) en “*gain*” (verhoging van zijn actief) wordt het winstkenmerk van de fout benadrukt. “*En vue de*” wijst op het afwegingskenmerk, aldus N. FOURNIER DE CROUY (zie supra nr. 0). Voor sommige auteurs moet het nog preciezer, gelet op het legaliteitsvereiste: M.-A. CHARDEAUX, “L’amende civile”, *PA* 2018, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴³⁹ S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 43.

begroten.⁴⁴⁰ Op die manier komt de omschrijving overeen met de definitie van de lucratieve fout (zie supra nrs. 0 en 0).

108. HELDERE CRITERIA VOOR DE BEREKENING VAN DE BOETE – De criteria waar de rechter rekening mee kan houden zijn duidelijk en proportioneel.⁴⁴¹ Dit is een positieve zaak, rekening houdend met de situatie waarin een zware fout werd begaan door iemand met minder financiële middelen. Maar de situatie waarin een lichte fout veroorzaakt werd, met een grote winst tot gevolg, lijkt al moeilijker, vermits het proportionaliteitsvereiste nog steeds meespeelt.⁴⁴² Mij lijkt dan een oplossing te liggen in het feit dat er uit een onrechtmatige daad door beide partijen noch verlies, noch winst gepuurd mag worden (zie supra voetnoot 345). N. FOURNIER DE CROUY stelt voor om, met het oog op een sanctie die de dader weet te overtuigen van zijn foutief handelen, de boete gelijk te stellen met minstens de onrechtmatige winst. Dit bedrag zou dan vermenigvuldigd worden met een coëfficiënt die afhangt van de zwaarte van de fout en van de situatie van de dader.⁴⁴³

109. VERSCHILLENDE PLAFOND – Er is ook een plafond ingesteld voor de burgerlijke boete. Dat bedraagt voor natuurlijke personen het tienvoud van de gerealiseerde winst, terwijl het voor rechtspersonen vijf procent bedraagt van het zakencijfer dat zij behaalden ten gevolge van de lucratieve fout.⁴⁴⁴ Dit botst op kritiek. Het zakencijfer zou geen pertinent criterium zijn om als plafond te gebruiken, want het heeft niets met de gerealiseerde winst te maken.⁴⁴⁵ Daarnaast ligt het plafond voor de natuurlijke persoon op het tienvoud van de gerealiseerde winst, wat voor een private straf te hoog is, gelet op het proportionaliteitsbeginsel.⁴⁴⁶ Zelfs het plafond van vijf procent wordt op de korrel genomen, vermits de boete op die manier losgeweekt wordt van de

⁴⁴⁰ Zie alinea 2 van artikel 1266-1 van het voorontwerp. N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴⁴¹ A-S. CHONE-GRIMALDI, “Le projet de de la responsabilité civile: observations article par article”, *Gaz. Pal.* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴⁴² E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁴³ N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, online beschikbaar op: www.lextenso.fr. Net zoals in de voorgestelde tekst van I. VRANCKEN.

⁴⁴⁴ J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: commentaire des principales dispositions”, *D.* 2016, (1442) 1450; A-S. CHONE-GRIMALDI, “Le projet de de la responsabilité civile: observations article par article”, *Gaz. Pal.* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁴⁵ A-S. CHONE-GRIMALDI, “Le projet de de la responsabilité civile: observations article par article”, *Gaz. Pal.* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr; A-S. CHONE-GRIMALDI stelt dat “le resultat d’exploitation” een waarheidsgetrouwer beeld geeft.

⁴⁴⁶ M.-A. CHARDEAUX, “L’amende civile”, *PA* 2018, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr; N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

feiten, terwijl het proportionaliteitsvereiste vraagt om een meer *in concreto*-benadering.⁴⁴⁷ Indien het bedrag dat de dader moet betalen eerst geaffecteerd wordt aan het schadefonds, en nadien pas de schadevergoeding uitbetaald wordt, loopt het slachtoffer het risico van de insolventie van de dader.⁴⁴⁸ Het kan dus geen kwaad om te vermelden dat eerst het slachtoffer vergoed moet worden en dat daarna pas de boete wordt betaald.

3.3.3. Voor- en nadelen

a. Voordelen

a.1. Preventie en effectiviteit

110. SOEPELER BESTRAFFEN – Net zoals de ‘punitive damages’ zou een privaatrechtelijke boete leiden tot meer effectieve rechtshandhaving.⁴⁴⁹ De (hoge) drempel van het strafrecht wordt dus vervangen door de lagere drempel van het privaatrecht, waardoor het strafrecht gespaard wordt van de kleinere misdrijven.⁴⁵⁰ Het strafrecht kan immers niet alles bestraffen, zoals de (ongeschreven) zorgvuldigheidsnormen.⁴⁵¹ Aldus kan een privaatrechtelijke boete soepeler bestraffen, zeker als het gaat om kleine veroordelingen.⁴⁵² Het beoogt een ontrudend karakter, om zo het aantal schadegevallen te doen verminderen.⁴⁵³ Op die manier kan de boete het handhavingstekort van het strafrecht ondersteunen.⁴⁵⁴ De boete zou ook – of dat is toch zeker de bedoeling – via de preventieve of overtuigende werking⁴⁵⁵, het moreel besef bij de dader kunnen aanwakkeren.

⁴⁴⁷ M.-A. CHARDEAUX, “L’amende civile”, *PA* 2018, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴⁴⁸ E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁴⁹ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 79; J. BOOT, “Privaatrecht en boete. Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging”, *Ars Aequi* 2008, (200) 202.

⁴⁵⁰ H.O. KERKMEESTER, “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, (1807) 1808-1809. Het strafrecht moet volgens KERKMEESTER het ultimum remedium blijven.

⁴⁵¹ H.O. KERKMEESTER, “Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans”, *NJB* 1998, (1807) 1809

⁴⁵² C. CAUFFMAN, “Naar een punitief Europees verbintissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettelijkheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintissenrecht”, *TPR* 2007, (799) 845; M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴⁵³ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 79; J. BOOT, “Privaatrecht en boete. Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging”, *Ars Aequi* 2008, (200) 202. M. BEHAR-TOUCHAIS, “L’amende civile, est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs?”, *PA* 2002, online beschikbaar op: www.lextenso.fr. Contra: F. GRAZIANI, “La généralisation de l’amende civile: entre progrès et confusions”, *D.* 2018, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁵⁴ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 80.

⁴⁵⁵ M.-A. CHARDEAUX, “L’amende civile”, *PA* 2018, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

a.2. Respect voor het principe van de integrale schadeloosstelling

111. GEEN VERRIJKING VOOR HET SLACHTOFFER – De privaatrechtelijke boete wordt gestort aan een schadefonds of aan de schatkist. Het slachtoffer krijgt enkel de schadevergoeding en wordt er dus niet beter van. Hierdoor wordt het principe van de integrale schadeloosstelling gerespecteerd.⁴⁵⁶ Het zou de benadeelde personen sneller aanzetten om toch een proces te beginnen, vooral wanneer de schade een minder belangrijk aspect uitmaakt en het slachtoffer vooral wil zien dat de dader moet boeten voor het voordeel dat hij uit de fout had willen halen.⁴⁵⁷ I. VRANCKEN opperde het idee al van een toekenning van de geldsom aan een schadefonds om de integrale schadeloosstelling te kunnen garanderen.⁴⁵⁸

a.3. Gemeenrechtelijke basis

112. GEMEENRECHTELIJK KARAKTER – Een burgerlijke boete zou ingeschreven worden in het Franse Burgerlijk Wetboek, waardoor ze een gemeenrechtelijk karakter krijgt. Dit is positief, vermits een lucratieve fout voorkomt in verschillende rechtsdomeinen (zie supra nrs. 0, 0 en 0). Op die manier kan alle speciale wetgeving hieromtrent in één algemene bepaling, net zoals in het gerechtelijk recht, geïntegreerd worden en kunnen alle (buitencontractuele) lucratieve fouten aangepakt worden. Dit geeft het een duurzaam karakter mee en zorgt voor meer rechtszekerheid.⁴⁵⁹ De burgerlijke boete bestaat ook al in andere domeinen (zie supra nr. 96).⁴⁶⁰ De burgerlijke boete in het Franse recht wordt op die manier gegeneraliseerd.⁴⁶¹ S. CARVAL deed in 2005 al een voorstel tot een gemeenrechtelijke private straf om morele schade en economische schade te voorkomen.⁴⁶² Op die manier kan het aansprakelijkheidsrecht het strafrecht ondersteunen op de plaatsen waar het strafrecht steken laat vallen, om zo de pakkans te vergroten en een ontrabend

⁴⁵⁶ J.-S. BORGHETTI, “L’avant-projet de réforme de la responsabilité civile: commentaire des principales dispositions”, *D.* 2016, (1442) 1450; S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 43; P. CHAUVIRE, “Les effets de la responsabilité” in M. MEKKI (ed.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile: l’art et la technique du compromis. Réponse à la consultation publique, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, (131) 145*; M.-A. CHARDEAUX, “L’amende civile”, *PA* 2018, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴⁵⁷ S. CARVAL, “L’amende civile”, *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 43.

⁴⁵⁸ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 443.

⁴⁵⁹ T. D’ALES en L. TERDJMAN, “L’introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de responsabilité civile: le Rubicon sera-t-il franchi?”, *AJ Contrat* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr; N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 348.

⁴⁶⁰ A. BALLOT-LENA, “Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l’amende civile consacrée: 1^o partie (art. 1266)”, *Éditions Dalloz* 2015, online beschikbaar op: www.reforme-obligations.dalloz.fr.

⁴⁶¹ F. GRAZIANI, “La généralisation de l’amende civile: entre progrès et confusions”, *D.* 2018, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁶² S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Parijs, LGDJ, 2005, 407p.

effect te versterken.⁴⁶³ Het aansprakelijkheidsrecht heeft uiteindelijk toch ook een preventief karakter (zie supra nrs. 0 en 0).

b. Nadelen

b.1. *Inmenging in het strafrecht*

113. GEEN PLAATS IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT? – Net zoals bij de ‘punitive damages’ komt het argument van de scheiding tussen het privaatrecht en het strafrecht terug (zie supra nr. 0). Het aansprakelijkheidsrecht dient in principe enkel om de geleden schade te vergoeden, niet om te bestraffen.⁴⁶⁴ Een oplossing voor de lucratieve fout zou hier dus geen plaats hebben, maar zou beter door het strafrecht geregeld worden.⁴⁶⁵ Dit lijkt mij raar, vermits de lucratieve fout voortspuit uit de algemene principes van het aansprakelijkheidsrecht. In Frankrijk rekent men volgens M. SEJEAN wel op het aansprakelijkheidsrecht voor de oplossing.⁴⁶⁶ Bovendien kan ook de gelijkenis met de administratieve boete gemaakt worden. Als de handhaving van bepaalde kleinere inbreuken gedelegeerd kan worden naar een administratieve procedure⁴⁶⁷, waarom zou de burgerlijke rechter dit niet kunnen doen voor, bijvoorbeeld, de lucratieve fouten van de pers?

114. BURGERLIJKE BOETE IS GEEN STRAF? – In het geval van ‘punitive damages’ is het slachtoffer de ontvanger van de extra som geld (zie supra nr. 0). Volgens de Franse tekst komt de geldsom echter niet toe aan het slachtoffer. De geldsom vloeit in de eerste plaats naar een slachtofferfonds, wat een minder stigmatiserend karakter heeft dan een gewone geldboete of ‘punitive damages’. Zo is ook de bijdrage die een veroordeelde moet storten aan het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan de occasionele redders

⁴⁶³ T. HARTLIEF, “Het aansprakelijkheidsrecht voor morgen” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (337) 360. Zie ook B. KOCH die stelt dat het Hof van Justitie een schadevergoeding ziet als een hulpmiddel om zaken te bestraffen. B. KOCH, “Punitive damages in European Law” in H. KOZIOŁ en V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen, Springer, 2009, (197) 204. Zie voor punitive damages: E. DE KEZEL, “The protection and enforcement of private interests by (the recognition of US) 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) 213.

⁴⁶⁴ M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 347.

⁴⁶⁵ E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr; F. GRAZIANI, “La généralisation de l’amende civile: entre progrès et confusions”, *D.* 2018, online beschikbaar op: www.dalloz.fr; N. RIAS, “L’amende civile: une fausse bonne idée?”, *D.* 2016, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁶⁶ M. SEJEAN, “La restitution du profit illicite”, *RIDC* 2014, (345) 357.

⁴⁶⁷ P. TRAEST, C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Straf en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2017, 406. Zie ook E. NORDIN en D. WUYTS die deze vergelijking maken met betrekking tot de punitive damages: E. NORDIN en D. WUYTS, “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) 420

geen straf.⁴⁶⁸ Deze geldsom heeft een *sui-generis* karakter.⁴⁶⁹ Als een bijdrage aan een slachtofferfonds geen straf uitmaakt, dan lijkt mij een parallel mogelijk met de burgerlijke boete in het Franse voorontwerp. Het vereiste van een straf lijkt me dan minder snel behaald. Indien de geldsom toch naar de schatkist vloeit, dan zal zij waarschijnlijk een straf uitmaken, vermits het stigmatiserend karakter mij hier hoger lijkt. Het feit dat het Openbaar Ministerie de boete ook kan vorderen zorgt ervoor dat de burgerlijke boete in het Franse voorontwerp wel weer een extra strafrechtelijk kantje krijgt.⁴⁷⁰

b.2. Strafprocesrechtelijke waarborgen

115. LEGALITEITSBEGINSEL – Vermits de straf niet cijfermatig begrensd is, kan die hoog oplopen, met als risico dat het EHRM het kwalificeert als een strafrechtelijke boete in plaats van een burgerlijke boete.⁴⁷¹ In de huidige vorm lijkt het dus te gaan om een straf in de ogen van het EHRM en moeten de strafprocesrechtelijke waarborgen gerespecteerd worden, zeker omdat het Openbaar Ministerie ook de boete kan vorderen.⁴⁷² De formulering van de lucratieve fout lijkt nog te vaag, waardoor ze waarschijnlijk niet voldoet aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.⁴⁷³ Na de eerste versie van het Franse voorontwerp van wet werd al verwezen naar recente rechtspraak van Franse Grondwettelijk Hof, dat oordeelde over artikel L-442-6 van de Code de Commerce, dat erg gelijkt op de burgerlijke boete in het voorontwerp.⁴⁷⁴ Het Franse Grondwettelijk Hof oordeelde dat het artikel nog maar net door de beugel kan⁴⁷⁵, omdat het een limitatieve lijst van beperkende handelingen bevat.⁴⁷⁶ De tweede versie heeft geen gehoor gegeven aan deze opmerking. N. FOURNIER DE CROUY stelt dat het voorontwerp wel voldoet aan het legaliteitsbeginsel, vermits de lucratieve fout nu gestoeld kan worden op artikel

⁴⁶⁸ Cass. 9 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1367; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 136.

⁴⁶⁹ Cass. 23 juni 2015, *Arr. Cass.* 2015, 1708, *Pas.* 2015, 1678; P. ARNOU, "Bijdrage ten behoeve van het slachtofferfonds" in X., *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2010, (95) 97.

⁴⁷⁰ F. GRAZIANI, "La généralisation de l'amende civile: entre progrès et confusions", *D.* 2018, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁷¹ J.-S. BORGHETTI, "L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile: commentaire des principales dispositions", *D.* 2016, (1442) 1450, voetnoot 61.

⁴⁷² N. FOURNIER DE CROUY, "Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile", *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr; F. GRAZIANI, "La généralisation de l'amende civile: entre progrès et confusions", *D.* 2018, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁷³ M. MEKKI, "Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017: des retouches sans refonte", *Gaz. Pal.* 2017, beschikbaar op: www.lextenso.fr. Zie art. 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen: "La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée."

⁴⁷⁴ Art. L-442-6 du Code de la Commerce. Dit artikel spreekt van een boete als een producent of handelaar een concurrent beduidend nadelige verbintenissen probeert aan te smeren.

⁴⁷⁵ Cons. Const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, aangehaald door S. CARVAL, "L'amende civile", *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, 44 (42).

⁴⁷⁶ S. CARVAL, "L'amende civile", *JCP(G)* 2016, supplément au numéro 30-35, (42) 44.

1242 van het voorontwerp⁴⁷⁷: “*Constitue une faute la violation d’une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.*”⁴⁷⁸

116. NON BIS IN IDEM EN HET VERMOEDEN VAN ONSCHULD – Ook moet men erover waken dat het non bis in idem-beginsel gerespecteerd wordt. Indien een fout lucratief wordt, omdat er geen veroordeling is geweest, dan kan er geen sprake zijn van een schending van dit beginsel. Als er geen veroordeling is geweest, dan kan er geen sprake zijn van een tweede veroordeling: het ‘bis’-element ontbreekt.⁴⁷⁹ Indien er al een straf is uitgesproken lijkt een nieuwe veroordeling moeilijk. Het vermoeden van onschuld lijkt ook geen probleem. Indien het slachtoffer of het parket de burgerlijke boete vorderen, zullen zij ook het intentioneel en het winstgevend element bij de dader moeten bewijzen. Het bewijs van het intentioneel element kan moeilijk zijn, maar lijkt niet onoverkomelijk. Het winstgevend element zal moeilijker te bewijzen zijn. Hierin kunnen de vermoedens over de grootte van de winst, zoals bij de figuur van de winstaftdracht helpen (zie supra nr. 0). Vermoedens over de schuld van de dader komen dus niet aan bod.

117. PROPORTIONALITEIT – De proportionaliteit van de voorgestelde boete lijkt slechts deels gewaarborgd, vermits het plafond nog te hoog lijkt en verschilt voor natuurlijke en rechtspersonen (zie supra nr. 0). Indien het plafond naar beneden wordt gehaald, bijvoorbeeld naar het drievoud van de gerealiseerde winst, en het onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen weggehaald wordt⁴⁸⁰, lijkt het proportionaliteitsvereiste wel in orde te zijn.⁴⁸¹

b.3. Rode looper voor claimcultuur?

118. CLAIMCULTUUR GETEMPERD? – Het feit dat iedereen dergelijke boetes zou kunnen vorderen lijkt op het eerste zicht een negatieve evolutie. Maar dit hoeft geen probleem te vormen, vermits de eiser zowel in België⁴⁸² als in Frankrijk⁴⁸³ eerst en vooral een belang nodig heeft om naar de rechter te stappen.⁴⁸⁴ Daarnaast zou men de burgerlijke boete pas kunnen toekennen indien de voorwaarden van artikel 1382 BW vervuld zijn, wat een zekere

⁴⁷⁷ N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr. Zie ook: S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Parijs, LGDJ, 1995, 248.

⁴⁷⁸ Art. 1242 van het voorontwerp van wet betreffende de hervorming van de burgerlijke aansprakelijkheid. In België kan art. 5.147 van het voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek: “*De fout is een tekortkoming aan een gedragsnorm die volgt uit de wet of aan de algemene zorgvuldigheidsnorm die geldt in het maatschappelijk verkeer.*” In art. 5.148 worden er bepaalde beoordelingscriteria vermeld om de zorgvuldige gedragsnorm te kunnen bepalen.

⁴⁷⁹ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 434.

⁴⁸⁰ E. DREYER, “La sanction de la faute lucrative par l’amende civile”, *D.* 2017, online beschikbaar op: www.dalloz.fr.

⁴⁸¹ N. FOURNIER DE CROUY, “Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? Regard porté sur la constitutionnalité et l’efficacité de l’article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile”, *PA* 2017, online beschikbaar op: www.lextenso.fr.

⁴⁸² Zie art. 17 en art. 18 Ger. W.

⁴⁸³ Zie art. 31 CPC.

⁴⁸⁴ I. VRANCKEN, op. cit., (426) 438.

drempel installeert. Bovendien wordt de schrik voor een claimcultuur gecounterd door het feit dat de boete niet naar het slachtoffer vloeit. Tot slot is er een rol weggelegd voor het individu om bij te dragen aan de handhaving en de ontwikkeling van het recht (zie supra nr. 0). Via de rechtspraak wordt de wetgever immers geïnformeerd over de maatschappelijke problemen. De wetgever kan op zijn beurt bepaalde tendensen wettelijk kan verankeren. In die zin kan het handig zijn dat, naast het Openbaar Ministerie in het strafrecht, de individuen in het aansprakelijkheidsrecht bijdragen tot de orde in de samenleving.⁴⁸⁵

4. EINDEVALUATIE

4.1. MEEST GESCHIKTE OPLOSSING

119. CRITERIA – In dit laatste deel zal ik de besproken rechtsfiguren analyseren en vergelijken aan de hand van de vooropgestelde criteria: conformiteit met het principe van de integrale schadeloosstelling, het vereiste van rechtszekerheid en een poging tot een rechtseconomische overweging.

4.1.1. Conformiteit met het principe van de integrale schadeloosstelling

120. REACTIE VAN DE FRANS-BELGISCHE RECHTSPRAAK: CONFORMITEIT? – De motivering van sommige Franse en Belgische rechters verraadt een punitief element. In principe zou een schadevergoeding geen bestraffend karakter mogen hebben, maar in de beperkte besproken rechtspraktijk vinden we toch bestraffende motieven terug. Aldus wordt soms een geldsom toegekend die de schade overstijgt, waardoor het principe van de integrale schadeloosstelling niet gerespecteerd wordt.

121. WINSTAFDRACHT IN NEDERLAND: CONFORMITEIT – De winstafdracht in de Nederlandse vorm komt overeen met dit principe, vermits deze winstafdracht slechts een regel van schadebegroting vormt. Op die manier blijft de focus op het slachtoffer en zijn schade gericht. De Nederlandse rechter moet zich ook altijd terughoudend opstellen, opdat de winstafdracht geen punitief karakter zou kunnen krijgen.

122. WINSTAFDRACHT IN DE RICHTLIJN 2004/48/EG: CONFORMITEIT? – Op het eerste zicht lijkt de winstafdracht uit de richtlijn 2004/48/EG zich aan te sluiten bij het principe van de integrale schadeloosstelling. Echter heeft het Hof van Justitie recent geoordeeld dat de vergoeding volgens de richtlijn meer kan bedragen dan de werkelijk geleden schade, waardoor er meer dan een volledige vergoeding toegekend kan worden in het intellectuele eigendomsrecht.

123. WINSTAFDRACHT IN HET BVIE: CONFORMITEIT? – Het BVIE voorziet in een schadevergoeding en een winstafdracht om lucratieve fouten te bestrijden. Echter moet slechts het hoogste bedrag van de twee toegekend

⁴⁸⁵ A.T. BOLT en J.A.W. LENSING, op. cit., 80.

worden. Indien de schadevergoeding toegekend wordt, wordt het beginsel van de integrale schadeloosstelling gerespecteerd. Indien de winst – die hoger zou moeten liggen dan de schade – afgedragen wordt, zal het slachtoffer zich verrijken en wordt het slachtoffer méér dan integraal vergoed.

124. ‘PUNITIVE DAMAGES’: GEEN CONFORMITEIT – Bij de toekenning van ‘punitive damages’ krijgt het slachtoffer van de dader een extra bedrag bovenop de schadevergoeding. Dit zorgt ervoor dat het principe van de integrale schadeloosstelling niet gerespecteerd wordt en het slachtoffer zich kan verrijken ten gevolge van de onrechtmatige daad.

125. BURGERLIJKE BOETE: CONFORMITEIT – De burgerlijke boete in het Franse voorontwerp is ontworpen om de integrale schadeloosstelling te kunnen respecteren. Eerdere (wetgevende) voorstellen, waarin de ‘punitive damages’ en de winstafdracht naar voor werden geschoven, werden nooit verankerd in een voorontwerp van wet. De Franse wetgever wou echter niet raken aan het principe van de integrale schadeloosstelling, waardoor het de burgerlijke boete voorstelde als mogelijke oplossing voor de lucratieve fout.

4.1.2. Rechtszekerheid

126. REACTIE VAN DE FRANS-BELGISCHE RECHTSPRAAK: GEEN RECHTSZEKERHEID – De reactie van de Frans-Belgische rechtspraak zorgt voor rechtsonzekerheid. De rechtsonzekerheid bestaat erin dat sommige rechters een (vermomde) punitieve insteek durven geven aan hun schadevergoeding en andere niet. Zoals in Frankrijk zou het nieuw Burgerlijk Wetboek in België deze rechtsonzekerheid kunnen wegwerken en duidelijkheid kunnen scheppen over de problematiek van de lucratieve fout door er een duidelijke sanctie aan te koppelen.

127. WINSTAFDRACHT IN NEDERLAND: RECHTSZEKERHEID? – De winstafdracht in Nederland is ingeschreven in artikel 6:104 NBW. Verder is wettelijk neergeschreven dat de rechter niet verplicht is om rekening te houden met de gerealiseerde winst. Echter was er al sinds het begin onduidelijkheid over het toepassingsgebied en de draagwijdte van dit artikel. De Nederlandse Hoge Raad heeft de draagwijdte ervan verder uitgewerkt, maar over het toepassingsgebied bestaat nog veel onduidelijkheid.

128. WINSTAFDRACHT IN DE RICHTLIJN 2004/48/EG: RECHTSZEKERHEID? – De richtlijn voorziet de mogelijkheid om rekening te houden met de gerealiseerde winst van de dader. Echter bepaalt de tekst dat dit geen verplichting is en dit alleen kan binnen de grenzen van de schadevergoeding. Sinds het arrest-*Stowarzyszenie “Olawska Telewizja Kablowa”/Stowarzyszenie Filmowcow Polskich* lijkt het echter mogelijk om een punitieve vergoeding toe te kennen. Uiteraard is dit slechts geldig in dit geval en zal elk geval apart getoetst moeten worden aan de richtlijn.

129. WINSTAFDRACHT IN HET BVIE: RECHTSZEKERHEID? – De cumul die in artikel 2.21 BVIE vervat zit, lijkt duidelijk te zijn. Volgens bepaalde auteurs is er helemaal geen cumul nodig om de lucratieve fout te beteugelen. De winstafdracht zou volstaan. In dit opzicht is artikel 2.21 BVIE niet echt duidelijk, vermits het vermeldt dat de rechter niet verplicht is om de winstafdracht, naast de schadevergoeding, toe te kennen.

130. ‘PUNITIVE DAMAGES’: RECHTSZEKERHEID – Hoewel in het Engelse recht duidelijk is wanneer er ‘punitive damages’ toegekend kunnen worden, blijft de Engelse Common Law voornamelijk gebaseerd op rechtspraak, wat altijd voor een zekere onzekerheid zorgt. Echter kan men er vanuit gaan dat, in het geval van schending van persoonlijkheidsrechten door de pers, de rechter ‘punitive damages’ zal toekennen, vermits de pers, gelet op zijn invloed in de moderne maatschappij, vaak misbruik maakt van zijn positie en de ‘punitive damages’ tot doel hebben om onverantwoord gedrag van de dader te bestraffen.

131. BURGERLIJKE BOETE: RECHTSZEKERHEID – De burgerlijke boete in het Franse voorontwerp biedt zekerheid aan de rechtsonderhorige. De omschrijving van de fout kan misschien nog duidelijker, maar de toekenning van de boete is duidelijk aangegeven door de criteria waar de rechter rekening mee kan houden en het ingestelde plafond. Bovendien is duidelijk wie de boete kan vorderen en waar het geld naartoe gaat. De dader dus weet waaraan hij zich kan verwachten.

4.1.3. Effectiviteit

132. REACTIE VAN DE FRANS-BELGISCHE RECHTSPRAAK: EFFECTIEF? – Het is zeker mogelijk dat sommige punitieve schadevergoedingen bepaalde lucratieve fouten neutraliseren. Echter zal dit vermoedelijk vaak het geval zijn indien de winst niet veel hoger ligt dan de schade. In het geval van een hogere winst, lijkt me deze oplossing niet echt effectief, omdat er moeilijk sprake kan zijn van een schadevergoeding indien het punitieve element de schade overstijgt.

133. WINSTAFDRACHT IN NEDERLAND: NIET EFFECTIEF – De winstafdracht lijkt op het eerste zicht de ideale figuur om de lucratieve fout te bestrijden. In Nederland kan de rechter, volgens de gemeenrechtelijke bepaling, de gerealiseerde winst mee in rekening nemen om de schade te begroten, maar is hier niet toe verplicht. De afdracht van de winst mag niet veel hoger liggen dan de geleden schade. Hierdoor kan de winst van de dader niet voldoende generaliseerd worden. Bovendien is een cumul van de winstafdracht en de schadevergoeding niet mogelijk. De winstafdracht naar Nederlandse vorm is daarom niet effectief en heeft rechtseconomisch geen preventief of afschrikkend effect voor potentiële daders van lucratieve fouten, omdat de focus op het slachtoffer ligt. Bovendien mag de winstafdracht de schade niet te veel overstijgen, waardoor de winst bij de dader amper geneutraliseerd kan worden.

134. WINSTAFDRACHT IN DE RICHTLIJN 2004/48/EG: EFFECTIEF? – De richtlijn 2004/48/EG geeft in artikel 13 aan dat de nationale rechter de mogelijkheid heeft om rekening te houden met de winst om de schadevergoeding te begrenzen. In België en Frankrijk is deze richtlijn dan ook op die manier omgezet. De winstafdracht in de richtlijn 2004/48/EG lijkt dus hetzelfde effect te hebben als de Nederlandse vorm van winstafdracht. Maar het Hof van Justitie heeft in het arrest-*Stowarzyszenie "Olawska Telewizja Kablowa"/Stowarzyszenie Filmowcow Polskich* erkend dat een schadevergoeding met een punitief karakter op basis van artikel 13 van de richtlijn niet verboden is. Deze winstafdracht in het domein van de intellectuele eigendomsrechten kan op die manier wel effectief zijn om de lucratieve fout terug te dringen. Uiteraard blijft het afwachten of het Hof deze rechtspraak bevestigt.

135. WINSTAFDRACHT IN HET BVIE: EFFECTIEF – Het BVIE bevat een mechanisme dat de lucratieve fout kan bestrijden. In plaats van een cumul van de schadevergoeding en de winst, lijkt de winstafdracht op zich voldoende om de winst bij de dader van de lucratieve fout te neutraliseren (zie supra nr. 0). Het hoogste bedrag van de twee zou dan toegekend moeten worden. Dit lijkt me effectief, want op die manier ziet de dader steeds het meeste van zijn winst tenietgaan.

136. 'PUNITIVE DAMAGES': EFFECTIEF – De 'punitive damages' bieden aan de rechter wel de mogelijkheid om de lucratieve fout tegen te gaan. De rechter kan hierbij een aangepast bedrag toekennen aan de dader, bovenop de schadevergoeding, om de dader te straffen. Dit zorgt voor een flexibel handvat voor de rechter om de daders op maat te straffen. De 'punitive damages' moeten dan, net zoals de dwangsom, hoog genoeg liggen om een besef teweeg te brengen bij de dader (zie supra nr. 0), wat ervoor kan zorgen dat de winst van de dader geneutraliseerd wordt. Hierdoor zal de dader de onrechtmatige daad waarschijnlijk niet meer zal begaan. Bovendien kan er een extra bedrag aan het slachtoffer toegekend, zodat deze aangezet wordt om te procederen.

137. BURGERLIJKE BOETE: EFFECTIEF – De burgerlijke boete lijkt de aandacht te willen vestigen op het respect voor de rechtsorde. De boete in het Franse voorontwerp ontnemt de dader van de lucratieve fout een bijkomend vermogensvoordeel. Op die manier kan de burgerlijke boete bepaalde lucratieve fouten aan banden leggen, vermits de dader een deel van de winst moet afgeven aan een fonds of de Schatkist. Gelet op het plafond is het mogelijk dat de lucratieve fout niet helemaal verdwijnt. Maar via de burgerlijke boete in deze vorm wordt in het slechtste geval de winst toch op een aanzienlijke wijze gereduceerd.

4.1.4. Conclusie

138. GEEN VERRIJKING VAN HET SLACHTOFFER – Vermits het continentale rechtsstelsel geen verrijking van het slachtoffer toelaat lijkt een invoering van de ‘punitive damages’ geen goed idee (zie supra nr. 0). Daarnaast lijkt het een goed idee om duidelijkheid te scheppen inzake de huidige rechtspraak in België en Frankrijk. De rechtspraak heeft soms een bestraffende neiging door de dader te veroordelen tot een extra schadevergoeding (zie supra nrs. 0 ev. en 0). Op deze wijze zou het slachtoffer zich ook kunnen verrijken. Daarnaast zal de hogere schadevergoeding niet altijd de winst kunnen neutraliseren (zie supra nr. 0). Deze twee oplossingen lijken dus niet ideaal.

139. WINSTAFDRACHT – De winstafdracht in Nederland en in de richtlijn 2004/48/EG richten zich op het slachtoffer. De winstafdracht, zoals ingeschreven in het BVIE en geïnterpreteerd door T. GLADINEZ (zie supra nr. 0) lijkt de efficiëntste manier om de lucratieve fout te beteugelen. De volledige winst zou dan afgedragen worden aan het slachtoffer. Echter kan het slachtoffer zich dan weer verrijken. Daarom lijkt het een oplossing om het bedrag van de winstafdracht op te splitsen in enerzijds de schadevergoeding en anderzijds het bedrag dat overblijft, dat dan toekomt aan een schadefonds. R. MESA denkt in dezelfde richting (zie supra nr. 0). Indien de winst lager zou liggen dan de schade, dan lijkt een cumul tussen de schadevergoeding aan het slachtoffer en de winstafdracht ten behoeve van een schadefonds, wel mogelijk. De winstafdracht zou geen punitief, maar een restitutief karakter hebben (zie supra nrs. 0 en 0). De winstafdracht in het BVIE is niet begrensd, waardoor de sanctie hoog kan oplopen en dus rekening moet houden met de strafrechtelijke waarborgen (zie supra nr. 0).

140. BURGERLIJKE BOETE – De burgerlijke boete lijkt veel beter te voldoen aan de strafrechtelijke waarborgen (zie supra nrs. 0 e.v.). Ze is geplafonneerd en kan daarmee hieraan voldoen. Het nadeel is dat de winst gerealiseerd door de dader soms niet helemaal geneutraliseerd kan worden. De burgerlijke boete geeft wel een extra ontradende prikkel mee aan de dader. In elk geval zou een schadefonds altijd de bestemming moeten zijn, om het principe van de integrale schadeloosstelling te respecteren (zie supra nr. 0).

4.2. PRAKTISCHE UITWERKING IN HET BELGISCHE RECHT

141. LUCRATIEVE FOUT BOTST MET RECHTVAARDIGHEIDSGEVOEL – De domeinen die te kampen hebben met de buitencontractuele lucratieve fout zijn ook die domeinen waarin herstel *an sich* weinig soelaas biedt. Zowel op het vlak van morele schade als op het vlak van marktpositie in het mededingingsrecht, valt de schade amper te vergoeden. Daarnaast brengt een onrechtmatige daad in die domeinen vaak nog iets op voor de dader, wat botst met het rechtvaardigheidsgevoel. De dader begaat (bewust) een fout, de schade valt quasi niet te vergoeden en hij haalt er daarnaast nog een voordeel uit.

142. PROCESRECHT ALS VOORBEELD – Net zoals in het gerechtelijk recht is het daarom misschien aan het gemeen recht om een bewuste inbreuk op de

rechtsorde te beteugelen, daar waar het strafrecht dat niet kan. Voorbeelden hiervan zijn situaties waarin er een feitelijke straffeloosheid heerst (zoals in de perszaken) of wanneer een onderzoek geseponneerd wordt. Dit kan het best gebeuren via de vorm van de winstafracht of via een burgerlijke boete.

143. RECHTSONTWIKKELING VIA DE RECHTSPRAAK – Net zoals meer en meer in de afdwinging van het mededingingsrecht, is het misschien aan het individu om zijn verantwoordelijkheid op te nemen en bij te dragen tot de rechtspraak. Zeker indien er een lage kans bestaat om gevat te worden of wanneer het slachtoffer geen proces wil beginnen, gaan daders vrijuit. Misschien is het dan ook aan de burger om een duik in het zakje te doen en de rechtspraak te helpen. Dit kan via het aansprakelijkheidsrecht voor die domeinen waar het strafrecht geen oplossing biedt. Op die manier kan het aansprakelijkheidsrecht het strafrecht ondersteunen. Het Franse voorontwerp van wet lijkt met de burgerlijke boete die richting uit te gaan, door het preventieve aspect van het aansprakelijkheidsrecht meer op de voorgrond te brengen. Het Franse voorontwerp kan in die zin misschien wel een inspiratiebron zijn voor het Belgische recht. Puur juridisch staat nog niet alles op punt, maar de Franse denkriching is goed om volgen. Uiteraard moeten we opletten voor chaotische toestanden, maar daarvoor zijn de huidige voorwaarden al een goede drempel. Bovendien is er met het Franse voorontwerp geen verrijking voor het slachtoffer mogelijk, wat het principe van de integrale schadeloosstelling overeind houdt. Via een burgerlijke boete zou het slachtoffer aangezet kunnen worden om de daders een halt toe te roepen, vermits ze onrechtstreeks profiteren indien ze later zelf in aanmerking komen voor een uitkering uit dat fonds.

144. GEEN PECUNIAIRE BETEUGELING VAN DE LUCRATIEVE FOUT IN BELGIË – De Franse wetgever heeft met artikel 1266-1 van het voorontwerp gekozen voor de invoering van een burgerlijke boete, net zoals in het Belgische en Franse gerechtelijk recht. Op 28 maart 2018 volgde België Frankrijk met een eigen voorontwerp houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek.⁴⁸⁶ In tegenstelling tot Frankrijk besloot de Belgische wetgever om de lucratieve fout niet aan te pakken: *“Het voorontwerp bekrachtigt daarentegen niet de techniek van de punitieve schadevergoeding of van de inbeslagname van onwettig verkregen voordelen. Het werd niet opportuun geacht de mogelijkheid ervan te bevestigen voor wat het gemeen recht betreft.”*⁴⁸⁷

145. BEROEP OP PREVENTIEVE MAATREGELEN? – Zoals vermeld, kan het herstel in natura soms de schade beperken en ook de winst van de dader verminderen (zie supra nr. 0). In het verlengde hiervan, moeten we misschien een beroep doen op preventieve maatregelen die efficiënter kunnen optreden

⁴⁸⁶ Voorontwerp van wet houdende de invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek, online beschikbaar op: https://justitie.belgium.be/sites/default/files/aansprakelijkheidsrecht_voorontwerp_van_wet.pdf.

⁴⁸⁷ Memorie van toelichting van het voorontwerp van wet houdende de invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek.

tegen de lucratieve fout. Het Belgische voorontwerp, net zoals het Franse⁴⁸⁸, laat ruimte voor preventieve maatregelen. In artikel 5.182 stelt het Belgische voorontwerp: “*Onverminderd het recht op herstel van de schade, kan de rechter aan iemand die op foutieve wijze schade dreigt te berokkenen redelijke maatregelen opleggen om deze te voorkomen.*”⁴⁸⁹ Deze bepaling kan de rechter hanteren om de reeds geleden schade in omvang te beperken, maar ook om dreigende schade te voorkomen, indien er nog geen schade is ingetreden.⁴⁹⁰ Op die manier kan niet alleen de lucratieve fout bestreden worden, maar kan ook moeilijk vergoedbare schade voorkomen worden. Als de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht niet gerealiseerd kan worden door een pecuniaire vergoeding *a posteriori*, vermits het te dicht aanleunt bij het strafrecht, dan moet het aansprakelijkheidsrecht misschien inzetten op preventieve maatregelen, zoals voorzien in het Belgische en het Franse voorontwerp van wet.

⁴⁸⁸ Zie art. 1266 van het Franse voorontwerp: “*En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur.*”

⁴⁸⁹ Artikel 5.182 van het voorontwerp van wet houdende de invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek.

⁴⁹⁰ Memorie van toelichting van het voorontwerp van wet houdende de invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek.