



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?

Schirmeister, F.C.

Citation

Schirmeister, F. C. (2003). Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland? *Bw-Krant Jaarboek, 19*, 139-159.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36957>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36957>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?

*F.C. Schirmeister**

1. INLEIDING

De roep om punitive damages, zoals ik deze schadecategorie voor het gemak zal aanduiden, heeft in ons land niet of nauwelijks gehoor gevonden. De Minister van Justitie heeft zich zelfs als een principieel tegenstander uitgelaten.¹ Het heeft er alle schijn van dat deze rechtsfiguur haar impopulariteit in grote mate te danken heeft aan overwaaiende verhalen uit de VS en de vloedgolf van publicaties over uitdijende aansprakelijkheden en – dus – van onverzekerbare risico's.

Is het tijd om ook in ons recht aan de mogelijkheid van punitive damages te denken? Nederland was altijd al een oase van rust en – om met Heine te spreken – bij ons gebeurt altijd alles later, veel later. En als er dan wat verandert, dan denk ik wel eens: waar is dat allemaal nu voor nodig. Ik expliciteer. Vroeger had je de overheid en dat was nog een echte overheid. De staat verzorgde het openbaar vervoer (alle treinen reden op tijd), de PTT regelde de telefoon en bezorgde de post en het G(emeentelijk) E(nergie) B(edrijf) voorzag ons van warmte en energie. De politie spoorde op, de rechtbank bestrafte en justitie zorgde ervoor dat veroordeelden hun straffen uitzaten of hun boeten betaalden. De maatschappij was overzichtelijk.

De financiële gevolgen van ziekte, werkeloosheid en armoede werden met relatief eenvoudige, maar ook eenduidige regelingen bestreden. Ziektewet, WAO, WW en ABW waren de trefwoorden.

De samenleving veranderde. De multiculturele samenleving deed haar intrede. Nederland bleek voor velen, die hun eigen land om wat voor reden dan ook vaarwel zeiden, een veilige en open haven. Te laat, volgens sommigen, werd bedacht dat onze openheid en gastvrij-

* Mr. F.C. Schirmeister is rechter te Den Haag en tevens als medewerker verbonden aan de afdeling privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam.

1. Zie de brief van de Minister van Justitie van 17 juni 1999 over de 'claimcultuur', *Kamerstukken II* 1998/99 26 630; en voorts het rapport, Naar een claimcultuur in Nederland, vragen en antwoorden, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 630.

heid haar grenzen kende en dat er voor inbedding van onze gasten moest worden gezorgd. Het bleek allemaal niet vanzelf te gaan. Waarom kwamen we daar nu pas achter? De sociale partners die zolang op het poldermodel hadden gedraaid keerden zich van dat eeuwige consensusmodel af. Het poldermodel bleek opeens niet meer te deugen. Men wilde weer tegenover elkaar staan.

Ook op het niveau waarover ik het eigenlijk in deze bijdrage moet hebben, de ontwikkeling van het privaatrechtelijke sanctierecht, is Nederland nooit een voorloper geweest. Het aansprakelijkheidsrecht heeft bij voortduring de calvinistische traditie in ere gehouden waarbij het vergoeden van schade een welhaast symbolische functie vervulde. Het op zich prachtige artikel uit 1981 van Eykman² vormt een treffende verwoording van die traditie.

Die tamelijk gezapige maatschappelijke opvattingen op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht in ons land hebben er toe geleid dat de wetgever op dit terrein allesbehalve een voorttrekkersrol heeft vervuld. Kon dit tot niet zo lang geleden ook van de rechtspraak worden gezegd,³ dan is dat wel aardig verleden tijd aan het worden. Indachtig de roep om meer en betere bescherming van slachtoffers heeft de rechter met name op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid niet gewacht op de eindeloos aarzelende wetgever en heeft hij een eigen regelstelsel ontwikkeld. De rechter als plaatsvervangend wetgever. Die rechter schroomt thans ook niet om aandacht te vragen voor lacunes in de wet⁴ en al evenmin om de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht op te zoeken en in de ogen van sommigen zelfs te overschrijden. Een fraai voorbeeld van 'judicial activism' kan het

2. L.G. Eykman, 'Smart en Geld', *WPNR* 5572 (1981), p. 471 e.v.
3. Met als triest hoogtepunt het Zwemongeval-arrest van 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853, waarin onze hoogste rechter de belangen van de ouders van een bij een zwemtherapie om het leven gekomen kind, bij een verklaring voor recht dat onzorgvuldig was gehandeld, afwees omdat een zuiver emotioneel belang niet door artikel 3: 303 BW zou worden bestreken. Zie onder meer: C.C. van Dam, 'Access to justice en immaterieel belang', in: G.E. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 25-34.
4. Zie bijvoorbeeld het Kindertaxi-arrest van 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. JBMV en het Comapatiënt-arrest van 20 september 2002, *RvdW* 2002, 142. Zie onder meer over deze arresten, F.C. Schirmeister, 'Immateriële schade vergoeden in Nederland?' in: D. Dankers-Hagenaars/P. Piepers (red.), *Aan Wil besteed*, Deventer: Kluwer 2003, p. 449-462.

arrest van het Gerechtshof te Den Haag van 26 maart 2003⁵ worden genoemd. Een arrest dat veel stof heeft doen opwaaien en zelfs tot kamervragen en ministeriële uitspraken heeft geleid. Voor de goede orde. In dit arrest honoreert het Gerechtshof de actie van het kind tegen het feit dat het door ernstig onzorgvuldig handelen – gehandicapt – ter wereld is gekomen. Waarmee naast de wrongful birth actie, ook de wrongful life actie in de Nederlandse rechtspraak erkenning heeft gekregen. De Nederlandse rechter treedt aldus in de voetsporen van de Franse rechter, die zich ook ontvankelijk toonde voor het honoreren van een wrongful life actie, maar inmiddels door de wetgever aldaar is teruggedroefd. Het feit dat de rechter in het Kelly-arrest – ook – de ongeboren vrucht een zekere rechtsbescherming geeft is in feite niet meer dan het – eenvoudig – toepassen van de bestaande regels.⁶ De feiten in die casus spraken in dat opzicht dan ook voor zich en rechtvaardigen wat mij betreft volledig de honorering van de schadeclaim. Het is opmerkelijk dat de tegenstanders van het erkennen van een dergelijke actie dezelfde argumenten gebruiken die de wetgever in het verleden te berde heeft gebracht om affectieschade niet te vergoeden.⁷ Het is een goede zaak dat diezelfde wetgever die paternalistische houding op dit punt enigszins heeft laten varen en gelet op de kennelijk sterk gevoelde behoefte om ernstig leed van nabestaanden te verzachten, een wetsvoorstel met een dergelijke inhoud het licht heeft doen zien. Waarbij ik overigens wel opmerk dat een dergelijke regeling eigenlijk niet meer zou moeten inhouden dan het afschaffen van de toepasselijkheid van artikel 6:108 BW in geval van affectieschade.

De hierboven geschetste ontwikkeling van een terugtrekkende overheid, van een streven naar meer eigen verantwoordelijkheden en meer marktwerking legt niet alleen een grotere druk op het private sanctiestelsel, maar zal ook de roep om uitbreiding van dat sanctiestelsel doen toenemen. Het kan immers niet anders. Een verschraving van het maatschappelijke en sociale vangnet zal tot gevolg hebben dat men zal trachten het civiele aansprakelijkheidsrecht in te zetten om de

5. Zie *NJ* 2003, 249.

6. Het bijzondere van dit arrest is dan ook niet gelegen in de positieve beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag, maar in het positief beantwoorden van de vergoedingsvraag.

7. Parl. Gesch. Boek 6, p. 372 en 387 en Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1274.

aldus ontstane leemte op te vullen en maatschappelijke ontsporingen tegen te gaan.

In het gewone aansprakelijkheidsrecht kunnen geringe fouten tot grote gevolgen leiden. Veelal blijft de mate van onzorgvuldigheid buiten beeld. Het gaat er immers om dat slechts van onzorgvuldigheid sprake is om de poort tot het schadevergoedingsrecht te kunnen openen. Opzettelijk of bewust roekeloos veroorzaakte schade geven geen recht op een hogere vergoeding, maar leiden ten hoogste tot een ruimere toerekening van de schade. Het kenmerkende van punitive damages is nu juist dat niet de gevolgen voor het slachtoffer van onrechtmatig handelen de omvang ervan bepalen, maar dat de aard van de gedraging van de dader de vergoeding en de mate van afkeurenswaardigheid de omvang bepalen. Punitive damages vullen als het ware de lacune op die het commune schadevergoedingsrecht vertoont en bewerkstelligen aldus dat ook die gevolgen van ongewenst handelen, die de schade van het slachtoffer overstijgen, ongedaan worden gemaakt. Vanuit dat objectief bezien beogen punitive damages inderdaad bestraffing en herstel van de geschokte rechtsorde. Zij vervolmaken het systeem aldus dat de dader niet alleen aansprakelijk wordt gehouden voor de aan het slachtoffer toegebrachte schade, maar tevens dat de totale schade van diens gedragingen voor zijn rekening komt.

De rode draad die door de hiervoor genoemde ontwikkeling loopt is of geld c.q. het betalen van schadevergoeding wel steeds het middel is om persoonlijk leed te vergoeden. Is erkenning en gelijk krijgen soms niet net zo belangrijk als het incasseren van een grote geldsom? En is het niet zo dat het in feite onmogelijk is leed met geld goed te maken? Wat is eigenlijk de functie van smartengeld?⁸ Terechte vragen, die bij de vraag naar de wenselijkheid van punitive damages een andere invalshoek hebben omdat daarbij niet de persoon van de schadelijder de maatstaf der dingen is, maar de persoon van de dader en de mate van diens – afkeurenswaardig – gedrag het uitgangspunt van de ‘vergoedingsvraag’ vormen. Punitive damages beogen te straffen, met alle daaraan verbonden doelen, zoals herstel van de geschokte rechtsorde. Tevens zijn ze gericht op preventie en rechts-

8. Zie de recente publicatie: *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, onder redactie van G. van Maanen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, waarin verschillende bijdragen over de rol, nut en functie van met name de vergoeding van immateriële schade zijn opgenomen.

handhaving. De dader of andere potentiële daders moeten worden afgeschrikt nogmaals dergelijke daden te verrichten en aldus worden zij aan de norm gehouden. Punitive damages vertonen weliswaar strafrechtelijke trekken, maar kennen een eigen plaats in de juridische catalogus. Nu eens leunen ze aan tegen het strafrecht en dan weer vertonen ze onmiskenbare trekken van een privaatrechtelijk verschijnsel.

2. HISTORIE EN BEGRIP

Terug in de tijd en nog ouder dan de weg naar Rome. Punitive damages of wat daarop lijkt zijn diep geworteld in de rechtsgeschiedenis. De oudste voorloper treffen we aan in de Code van Hammurabi (ongeveer 4000 jaar voor Chr.) die een regeling kende van meervoudige schadevergoeding volgens een bepaalde schaal. Ook de Hittiten (1400 jaar voor Chr.) kenden in hun wetten een dergelijke regeling, evenals de Hebreeuwse Code van Mozes (1200 voor Chr.) en de Hindu Code van Manu (200 jaar voor Chr.).

Het klassiek Romeinse civiele recht was ook bestraffend van aard en kende in de wet van de Twaalf Tafelen niet alleen het beginsel van de Talio (oog om oog, tand om tand), maar ook regelingen om wraak middels een zoenoffer, vaak in de vorm van vaste bedragen af te kopen. Moderner was de Lex Aquilia (286 voor Chr.) waarbij het element van de vergoeding op de voorgrond trad, maar formeel sprake was van bestraffing van de dader.⁹

In Engeland gaat de eerste wettelijke regeling op dit terrein terug tot 1275, terwijl *Huckle v. Money* doorgaat voor het eerste precedent in dat land. De eerste Amerikaanse zaak *Genay v. Norris* dateert uit 1784.¹⁰ *Coryell v. Colbough* is een van de oudste Amerikaanse zaken waarin de rechter, in dit geval de hoogste rechter van New Jersey de maatschappelijke doelstelling van punitive damages als volgt onder woorden brengt:¹¹

9. Zie nader R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding*, Deventer: Kluwer 2002, hoofdstuk III, p. 6.

10. Aldus G. Owen, 'A Punitive Damages Overview', 39 *Vill. L.Rev.* 363 (1994).

11. 1 *N.J.L.* 77 (1791); de term *exemplary damages* wordt overigens in de Amerikaanse praktijk als synoniem voor de term *punitive damages* gebruikt.

‘(...) exemplary damages being not compensatory, but rather to give damages for example’s sake, to prevent such offenses in the future (...)’

De Supreme Court overwoog in *Day v. Woodworth* (1851) dat de doctrine:

‘was supported by repeated judicial decisions for more than a century.’

Kortom, voor een goed begrip van de materie lijkt kennisname van met name het Anglo-Amerikaanse recht aangewezen.

3. PUNITIVE DAMAGES IN DE VS, ALGEMEEN

Hoewel bogend op een eeuwenlange traditie in de VS is het zeker niet zo dat punitive damages niet aan kritiek hebben blootgestaan. In een aantal staten zijn punitive damages door de wetgever verboden; in andere staten beperkt tot bepaalde acties. De gedachtegang daarbij is dat punitive damages onverenigbaar zijn met in de betreffende grondwet van die staat gestelde beperkingen aan het opleggen van – strafrechtelijke – sancties.¹²

Overigens is het ook niet verwonderlijk dat er rond punitive damages de nodige controverses bestaan. De doelstellingen van bestraffing van ‘outrageous misconduct’ en het voorkomen van soortgelijke gedragingen door de dader of anderen zijn immers niet typisch die van het civiele recht. Het instituut vertoont dan ook strafrechtelijke trekken, het is quasi-strafrecht, ingebed in een civiele setting met alle problemen van dien. Hoe zit het met de processuele waarborgen van dit strafrecht? Geldt de verzwaarde bewijslast (proof beyond a reasonable doubt), hoe zit het met het verbod van ‘ne bis in idem’, geldt het strafrechtelijke verbod van excessive fines en hoe zit het met het zwijgrecht? Op deze vragen die wel worden aangeduid als de constitutionality of punitive damages kom ik hierna terug.

12. Dit is bijvoorbeeld het geval in Nebraska, Louisiana, Massachusetts en Washington.

Naast voormelde doelstellingen kunnen punitive damages ook gericht zijn op opvoeding,¹³ compensatie¹⁴ en rechtshandhaving.¹⁵ Het is echter onmiskenbaar dat vergelding en afschrikking domineren zoals ook tot uitdrukking is gebracht in § 908 van de Restatement of Torts.¹⁶ De Supreme Court heeft dezelfde opvatting:¹⁷

‘Punitive damages are not compensation for injury. Instead they are private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct and to deter its further occurrence.’

Indachtig de doelstelling komen punitive damages naast en in aanvulling op de zogenaamde compensatory damages voor. De laatste bestaan uit special damages (materieel) en general damages (immaterieel). De benadeelde die aantoonbaar door onrechtmatig handelen schade te hebben geleden komt in beginsel voor vergoeding daarvan in aanmerking. Dit recht bestaat niet ten aanzien van punitive damages die louter tot het domein van de feitenrechter behoren. De vaststelling van de omvang van punitive damages is eveneens voorbehouden aan de feitenrechter, oftewel de jury. Hoewel het dus dezelfde beslisser is die over beide schadecategorieën oordeelt is de rol van de jury daarbij niet identiek. Justice O’Connor verwoordt het verschil aldus:

‘(...) The latter which have been described as ‘quasi-criminal’ operate as ‘private fines’ intended to punish the defendant and to deter further wrongdoing. A jury’s assessment of the extent of a plaintiff’s injury is essentially a factual determination, whereas its imposition of punitive damages is an expression of its moral condemnation.’

Critici merken op dat het voorheen zo was dat punitive damages alleen werden gevorderd in zaken waarin de dader de bijna criminele opzet had om de benadeelde te treffen. Thans, zo stellen deze critici, is het vaak zo dat eisers routineus een vordering tot toekenning van

13. Bijvoorbeeld door uitspraken in vakbladen te plaatsen.
14. Te denken valt aan het vergoeden van de advocaatkosten, waarvoor in de VS in beginsel op basis van de zgn. American rule geen recht op vergoeding bestaat.
15. Punitive damages beogen opzettelijke rechtsinbreuken tegen te gaan en dragen aldus bij aan het op peil houden van de normen; ook kan van de toekenning van punitive damages een impuls uitgaan om te procederen en de gewraakte gedraging aan de kaak te stellen, de private attorney general functie.
16. Een door het American Law Institute uitgegeven gezaghebbend standaardwerk dat de status heeft van *de* encyclopedie van het Amerikaanse recht.
17. Zie *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1973).

punitive damages instellen, waardoor de toekenning trekken van een loterij gaat vertonen in plaats van een manier om de dader ervan te weerhouden nogmaals een dergelijke gedraging aan de dag te leggen. Deze kritiek is niet geheel ongefundeerd aangezien in de meeste staten de voorwaarden waaronder punitive damages kunnen worden toegewezen tamelijk vaag zijn. Aanduidingen dat sprake moet zijn van 'reckless' of 'willful and wanton' gedrag geven inderdaad weinig houvast en kunnen de jury allicht uitnodigen tot het toekennen van willekeurige bedragen.

Hiertegenover staat dat uit empirisch onderzoek blijkt dat punitive damages zeker niet routineus worden toegewezen. Integendeel, punitive damages worden slechts zelden toegewezen en dan zijn het vaak eisers met blijvend letsel opgelopen door producten waarvan de fabrikant wist dat ze onnodig gevaarlijk zijn.¹⁸ Punitive damages komen het meest voor in zaken over productaansprakelijkheid, tussen verzekeraars en verzekerden ('contracts') en in zogenaamde business-torts.¹⁹

Voor wat betreft de hoogte zij nog opgemerkt dat daarvoor geen fast and hard rules bestaan. De jury heeft daarbij een met de vaststelling van de vergoeding van immateriële schade te vergelijken ruime bevoegdheid. Wel is de jury gehouden bij toewijzing van punitive damages het doel en de effectiviteit daarvan tot uiting te brengen. De omvang van het toegekende bedrag moet in verhouding staan tot het beoogde doel. Het toegewezen bedrag mag niet te laag zijn, dat zou een slecht signaal zijn naar de dader, maar ook niet te hoog om hem niet tot faillissement te brengen. Teneinde het proces ter bepaling van het 'juiste' bedrag te stroomlijnen is in enkele jurisdicties getracht de invloed van de feitenrechter te beperken hetzij door punitive damages te beperken tot een veelvoud van de toegewezen schadevergoeding, hetzij door eenvoudigweg de toe te kennen bedragen te limiteren. Een dergelijke mechanische aanpak heeft zeker voordelen. De andere kant van de medaille is echter dat juist in situaties waarin een op maat

18. Zie Thomas Koenig & Michael Rustad, 'The Quiet Revolution Revisited: An Empirical Study of the Impact of State Tort Reform of Punitive Damages in Products Liability', 16 *Just.Sys. J.* (1993), 21. Een van hun opmerkelijke bevindingen is dat zij slechts 355 punitive damages uitspraken aantroffen in hun onderzoek naar alle zaken over aansprakelijkheid over een periode van 25 jaar.

19. Aldus A.J. Sebok, 'Why Tort Plaintiff's and Their Lawyers, Bluff', in: *FindLaw* van 7 mei 2003.

gesneden bedrag in de rede ligt, gelet op de ernst en de omvang van de gewraakte gedragingen en de daarbij behaalde voordelen, gestandaardiseerde bedragen wel eens te laag (of te hoog) kunnen blijken te zijn. Dit pleit ervoor om, als er al beperkingen moeten worden doorgevoerd, uitzonderingen te maken voor die gevallen die kennelijk buiten de gestelde grenzen vallen.

Alvorens hierna de grondwettigheid van punitive damages te bespreken wil ik enkele opmerkingen maken over een andere heikele kwestie: de financiële positie van de dader.

In een ideale situatie maken de opgelegde punitive damages de door de dader met de gewraakte gedraging behaalde winst ongedaan en zorgen ze er tevens voor dat deze dader maar ook andere potentiële daders er wel voor zullen waken nogmaals zodanig te handelen. Het is duidelijk dat de waarde van de dollar niet voor iedere dader gelijk is. Voor een arme dader telt iedere dollar, terwijl voor de rijke dader dit pas bij grotere bedragen het geval is. Dit betekent dat om hetzelfde niveau van afschrikking te bereiken de financiële positie van de dader niet on(der)belicht mag blijven. In de meeste staten is het de benadeelde dan ook toegestaan bewijs te leveren van de vermogenspositie van de dader.²⁰ Teneinde te voorkomen dat diens vermogenspositie reeds bij de vaststelling van de aansprakelijkheid een rol speelt, kan die kwestie pas in tweede instantie aan de orde worden gesteld.²¹

4. PUNITIVE DAMAGES IN DE VS: TOETSING AAN DE CONSTITUTIE

De aanval op de grondwettigheid van punitive damages leek aanvankelijk niet succesvol. In *US v. Halper* besliste de US Supreme Court dat het in het 5^e Amendement vervatte verbod van double jeopardy, wel eraan in de weg staat dat iemand na strafrechtelijk te zijn vervolgd, vervolgens door diezelfde overheid in civilibus tot schadever-

20. Zie Patrick M. Malone, 'Adams v. Murakami, New Judicially Made Rules Affecting Punitive Damages in California', *Loyola L.A. Law Rev.* 1992, p. 1441.

21. Zie Kenneth S. Abraham & John C. Jeffries, 'Punitive Damages and the Role of Defendant's Wealth', *Journal of Legal Studies*, p. 415 voor argumenten tegen disclosure van de financiële positie van de dader. Zij concluderen dat de financiële positie van de dader irrelevant is voor het doel van afschrikking. Het gaat immers om retributie wegens aangedaan leed en een reactie op de gevolgen daarvan. Zie ook F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht*, (diss. Amsterdam VU), Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, § 3.73.

goeding kan worden aangesproken. Dit beginsel van ne bis in idem geldt echter niet voor de dader die na strafrechtelijk te zijn vervolgd vervolgens door een particuliere benadeelde in rechte wordt betrokken.

Ook het beroep op de Excessive Fines Clause van het 8^e Amendement werd door de US Supreme Court in *Browning Ferris Industries v. Kelco* afgewezen. Het 8^e Amendement ziet volgens de Supreme Court op de strafrechtelijke procedure en op daden van de overheid die een bestraffend karakter hebben.

Toetsing aan de in het 14^e Amendement vervatte Due Process clausule: '(...) No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due proces of law' leek aanvankelijk al evenmin succesvol.

In *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* hield de US Supreme Court de door de Supreme Court van Alabama gesanctioneerde punitive damages, die de toegewezen compensatory damages met een factor vier overtroffen overeind. Daarbij nadrukkelijk overwegend dat:²²

'(...) since the award did not lack objective criteria and was subject to a full panoply of procedural protections.'

De Supreme Court refereerde daarmee aan de jury-instructie, die onder meer inhield dat de jury geen verplichting had punitive damages toe te wijzen. Ook de omstandigheid dat de trial judge verplicht was een post-trial hearing te houden teneinde de toegewezen bedragen te toetsen en de wijze van beoordeling door de Supreme Court van Alabama aan de hand van een zevental criteria, droegen aan die beslissing bij.²³

*TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*²⁴ had alles in zich om de door de US Supreme Court aan te leggen constitutionele toets niet te doorstaan. In deze zaak was TXO door een jury in Virginia wegens bedrog veroordeeld tot betaling van schadevergoeding tot een bedrag van \$ 19.000,- en tot een bedrag van \$ 10 miljoen wegens punitive damages. Kortom, de toegewezen punitive damages waren 526 maal zo hoog als de schade. De meerderheid van de US Supreme

22. Zie 111 *S.Ct.* 1032 (1991), 1040.

23. Zie nader over deze criteria A.J. Verheij, 'Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen', *AA* 46 (1997), p. 71 ev.

24. 61 *U.S.L.W.* 4766, 509 *U.S.* 443 (1993).

Court was echter van mening dat nochtans de '*line of constitutional permissability*' niet was overschreden:

'The punitive damages award in this case is certainly large, but in light of the amount of money potentially at stake, the bad faith of petitioner, the fact that the scheme employed in this case was part of a larger pattern of fraud, trickery and deceit, and petitioner's wealth, we are not persuaded that the award was so "grossly excessive" as to be beyond the power of the State to allow.'

We zien dus het hele scala van factoren die de toekenning en de omvang van punitive damages bepalen de revue passeren, waarbij proportionaliteit wel een rol speelt maar niet dominant is.

Het wachten was dus op een zaak waarin de feiten zodanig waren dat de US Supreme Court wel reden zag om in te grijpen. Het ging om een zaak die een aardig kijkje in de keuken van een groot automerk, BMW, geeft. Wat is het geval. Veel auto's lopen voorafgaand aan hun aflevering (transport-)schade op. Met het herstel van deze schade zijn doorgaans slechts geringe bedragen gemoeid. De vraag die zich vervolgens voordoet is of het feit van die schade en het herstel aan de koper (en de dealer) van zo'n nieuwe auto moeten worden gemeld. De door BMW erkende handelwijze was dat schade die niet meer bedroeg dan 3% van de verkoopprijs van de betreffende auto niet werd gemeld. De koper van de auto, Ira Gore, kwam er achter dat zijn auto was bijgespoten en trok bij BMW aan de bel. Dit leidde tot een procedure die uitmondde in een beslissing van de Supreme Court of Alabama waarin aan Gore uiteindelijk \$ 4000,- schadevergoeding wegens waardevermindering van zijn auto werd toegewezen en waarin het door de jury toegekende bedrag van \$ 4 miljoen werd verminderd tot \$ 2 miljoen, aangezien de jury ten onrechte ook de gedragingen van BMW buiten Alabama mee had laten wegen.

De US Supreme Court is het met de laatste overweging van de hoogste rechter van Alabama eens, maar vernietigt de beslissing terzake van de \$ 2 miljoen wegens punitive damages als zijnde 'grossly excessive'. De US Supreme Court leunt daarbij op drie '*guide-posts*': de laakbaarheid van het gedrag van BMW, het verschil tussen de (mogelijke) schade en de toegewezen punitive damages en het verschil tussen de punitive damages en de eventueel op te leggen civiele boete. Deze toetsing leidde er toe dat de US Supreme Court '*unprecedented*' wegens schending van het *fair notice* beginsel, de dader moet de opgelegde sanctie kunnen verwachten, de beslissing van de hoogste rechter vernietigde:

‘Elementary notions of fairness enshrined in our constitutional jurisprudence dictate that a person receives not only fair notice of the conduct that will subject him to punishment, but also of the severity of the penalty that the State may impose.’

Het heeft er alle schijn van dat (een vorm van) het legaliteitsbeginsel (geen straf zonder voorafgaande strafbepaling) het domein van de punitive damages is binnengeslopen. Dit gaat echter niet zover dat gedaagden die worden geconfronteerd met een punitive damages claim aanspraak kunnen maken op de waarborgen die het strafrecht aan verdachten toekent.²⁵

‘The strict constitutional safeguards afforded to criminal defendants are not applicable to civil cases, but the basic protection against ‘judgements without notice’ afforded by the Due Process Clause is implicated by civil penalties.’

De effectieve en inhoudelijke bemoeienis van de US Supreme Court is hiermee niet ten einde zoals moge blijken uit twee recente uitspraken van dat college.²⁶

In *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*²⁷ uit 2001 herhaalt de Supreme Court de drie ‘*guideposts*’ van Gore bij de beoordeling van punitive damages om vervolgens te oordelen dat de norm die de (appel)rechter moet hanteren bij de beoordeling van de uitspraak van de jury/district court niet is die van de meer marginale ‘*abuse of discretion*’ maar een volle(dige) ‘*de novo*’ toetsing, te vergelijken met onze devolutieve werking van het appel.

De consequentie dat de appelrechter zich aldus op het terrein van de feitenrechter begeeft is naar het oordeel van de Supreme Court te verdedigen omdat de toekenning van punitive damages niet een kwestie is van feiten vaststellen, maar ‘*rather is the expression of moral condemnation*’.

Een uitspraak die corporate Amerika een zucht van verlichting deed slaken, zo omschreef een commentator²⁸ de beslissing van de US Supreme Court van 7 april 2003 om het vonnis van de hoogste rechter

25. In die zin *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 217 (1977), met name de concurring opinion van Justice Stevens, die in Gore het meerderheidsstandpunt verwoordt.

26. Zie voor een uitgebreide beschouwing over dit arrest en de grondwettelijke implicaties, A.J. Verheij, ‘Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen’, *AA* 46 (1977), p. 71.

27. Zie 532 U.S. 424 (2001).

28. Zie Anthony J. Sebok, *FindLaw*, 21 april 2003.

van Utah te vernietigen, waarin een bedrag van \$ 145 miljoen wegens punitive damages was toegewezen.

4.1 Kort de feiten

In 1981 raakte Curtis Campbell betrokken bij een verkeersongeluk. Hij maakte een ongelukkige inhaalmanoeuvre waardoor een tegenligger moest uitwijken, in de berm terecht kwam en daarbij in aanraking kwam met een andere auto. De tegenligger kwam hierbij om het leven, de bestuurder van de andere auto raakte blijvend invalide. Hoewel het duidelijk was dat de manoeuvre van Campbell de oorzaak van het ongeval was stelde de verzekeraar van Campbell, State Farm, zich op het standpunt dat haar verzekerde niet aansprakelijk was en sloeg een schikkingsvoorstel tot betaling van de verzekerde som van \$ 50.000,- af. State Farm liet het vervolgens op een procedure aankomen. De jury stelde vast dat Campbell volledig aansprakelijk was en kende een bedrag toe van \$ 185.849,-. State Farm weigerde aanvankelijk dit bedrag geheel te vergoeden en haar advocaat gaf Campbell te kennen dat hij zijn huis maar vast in de verkoop moest doen. State Farm was evenmin bereid Campbell financieel in staat te stellen in appel te gaan. Tijdens het niettemin door Campbell aangehangig gemaakte appel bereikte Campbell overeenstemming met de slachtoffers. Hij zou een op 'bad faith',²⁹ fraud en intentional infliction of emotional distress³⁰ gebaseerde actie tegen State Farm beginnen en van de eventuele opbrengst zou 90% naar hen gaan. In 1989 werd het beroep van Campbell afgewezen. Hierop betaalde State Farm de proceskosten en de totale schade. Niettemin startte Campbell een procedure tegen State Farm.

In die procedure kwam vast te staan dat de beslissing van State Farm om te schikken onredelijk was en werd door de jury een bedrag van \$ 2,6 miljoen wegens compensatory damages en van \$ 145 miljoen wegens punitive damages toegekend. De rechter verminderde beide bedragen tot \$ 1 miljoen resp. \$ 25 miljoen. In appel veroordeelde de Supreme Court van Utah State Farm tot betaling van \$ 1 miljoen resp. \$ 145 miljoen.

De US Supreme Court maakt korte metten met dit vonnis. Bij monde van Justice Kennedy, stelt het college voorop dat punitive

29. Hiermee wordt de opzettelijke niet-naleving van contractuele bepalingen bedoeld.

30. Zie nader over deze schadecategorie Schirmeister, a.w., hoofdstuk 7.

damages hetzelfde beogen als strafrechtelijke boeten, maar dat ge-daagden in civiele procedures geen aanspraak kunnen maken op de bescherming die het strafrecht biedt. Dit gegeven verhoogt zijn verontrusting over de onnauwkeurige wijze waarop de procedure tot de vaststelling van punitive damages verloopt.

Voor wat betreft de vraag of in de laakbaarheid van het gedrag van State Farm een rechtvaardiging voor de toewijzing van \$ 145 wegens punitive damages kan worden gevonden is het antwoord negatief. De Supreme Court van Utah heeft ten onrechte in zijn beslissing acht geslagen op gedragingen van State Farm in andere staten en bovendien andersoortige gedragingen dan die waarvan Campbell het slachtoffer is geworden. Hierbij is ook nog eens komen vast te staan dat die buiten Utah plaatsgevonden gedragingen voor het merendeel niet onwettig waren.

Kortom, het beeld dat door de advocaat van Campbell van State Farm was geschetst van een bedrijf dat zich op landelijk niveau met allerlei kwalijke praktijken bezighield wordt door de US Supreme Court als niet relevant beschouwd, want:

‘A defendant’s dissimilar acts, independent from the acts upon which liability was premised, may not serve as the basis for punitive damages. A defendant should be punished for the conduct that harmed the plaintiff, not for being an unsavory individual or business.’

Dit betekent overigens niet dat gelijksoortige handelingen in dezelfde staat tegen anderen dan de eiser gepleegd geen ophogend effect kunnen hebben.³¹

Over de proportionaliteit (de tweede *guidepost*) merkt de Supreme Court in het algemeen op dat de geschiedenis van aan punitive damages gerelateerde sancties leert dat deze voorzagen in een dubbele, drievoudige en soms viervoudige vergoeding van de geleden schade. In *Haslip*³² waarin sprake was van punitive damages die de schadevergoeding met een factor vier overtroffen, was, zo onthult de Supreme Court, de grens van het constitutioneel toelaatbare al aardig bereikt, om voorts op te merken dat in geval van gedragingen die weinig, of moeilijk in geld uit te drukken, schade hebben veroorzaakt, maar wel hoogst laakbaar zijn een groter veelvoud noodzakelijk

31. Zie *Gore* (517 U.S. 517, 572) en *TXO* (509 U.S. 462) waarin is overwogen dat de rechter moet letten op ‘the existence and frequency of similar past conduct’.

32. 499 U.S. 1 (1991).

kunnen doen zijn. In het omgekeerde geval van aanzienlijke schade kan een kleiner veelvoud of zelfs het equivalent van de schade de toets der grondwettigheid doorstaan.

Voor wat betreft de invloed van de rijkdom van State Farm sluit Justice Kennedy zich aan bij de mening van Justice Breyer in Gore:³³

‘Wealth provides an open-ended basis for inflating awards when the defendant is wealthy (...). That does not make its use unlawful or inappropriate; it simply means that this factor cannot make up for the failure of other factors such as reprehensibility to constrain significantly an award that purports to punish defendant’s conduct.’

Aldus vinden bedrijven gehoor bij de Supreme Court voor hun kritiek dat punitive damages ‘*out of control*’ zijn en deelt het college en passant een gevoelige tik uit aan hen die beweren dat ‘*corporate wrongdoing*’ alleen kan worden aangepakt met enorme punitive damages.

Ten slotte, bij de toetsing aan de derde ‘*guidepost*’ komt de Supreme Court terug op het door hem in het verleden ingenomen standpunt dat ook naar de mogelijke op te leggen strafrechtelijke sancties moet worden gekeken. De civiele procedure is echter volgens de Supreme Court niet het geëigende vehikel om strafrechtelijke sancties op te leggen, die normaliter slechts in een strafprocedure kunnen worden opgelegd en waarvoor een zwaardere bewijslast geldt. In de woorden van de Supreme Court:

‘Punitive damages are not a substitute for the criminal process, and the remote possibility of a criminal sanction does not automatically sustain a punitive damages award.’

Het komt er op neer dat in de ogen van de hoogste Amerikaanse rechter punitive damages qua doelstelling wel overeenstemmen met strafrechtelijke sancties, maar dat zij deel uitmaken van het civiele sanctie systeem, waarbinnen zij een eigen plaats innemen.

4.2 Inpassing in Nederland

De oplettende lezer heeft, naar ik hoop, tot zover een aardig beeld gekregen van de functie en de werking van punitive damages in de Amerikaanse rechtscultuur. Bezien we de stand van het recht in Nederland dan is het duidelijk dat wij in het schadevergoedingsrecht geen sanctie kennen die de benadeelde – bovenop – de te vergoeden

33. Zie Gore, 517 U.S., p. 585.

schade, het recht geeft van de dader een bedrag te vorderen ter bestraffing van de dader.

Veel schrijvers op zoek naar aanknopingspunten voor een dergelijke sanctie komen terecht bij artikel 6:106 BW dat voorziet in een uitputtende regeling terzake van immaterieel nadeel. Dit artikel voorziet in de aldaar genoemde gevallen in een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding. Reeds hier wringt de schoen. Het gaat om schadevergoeding en niet om bestraffing en preventie. De aard van de gedraging van de dader blijft, op één geval na, buiten beschouwing, de mate van leed bij het slachtoffer vormt de maat der dingen. In dat ene geval waarvan artikel 6: 106 lid 1 onder a rept over de aard van het gedrag van de dader moet het gaan om door de dader opzettelijk toegebracht letsel. We moeten denken aan het bekende, aan de Godfather ontleende, voorbeeld van de maffiabaas die bij een wankelmoe-dige cliënt het afgesneden hoofd van zijn lievelingspaard op diens hoofdkussen legt. Inmiddels heeft deze bepaling – jammerlijk genoeg – in de Nederlandse rechtspraak tot een uitspraak van de Hoge Raad geleid.³⁴ In deze zaak werd aan de moeder van het door de ex-man van de vrouw opzettelijk om het leven gebrachte kind van partijen een bedrag van f 100.000,- toegekend. Het Hof had in deze zaak vastgesteld dat de man inderdaad het oogmerk had gehad om de vrouw leed toe te brengen. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de man en overweegt dat in zo'n situatie artikel 6: 106 lid 1 onder a direct van toepassing is aangezien die bepaling, blijkens de wetsgeschiedenis, er in het bijzonder toe strekt het geschokte rechtsgevoel te bevredigen.³⁵

Bolt en Lensing³⁶ en anderen³⁷ menen dat artikel 6: 106 lid 1 sub a BW een bestraffend element bevat nu als uitgangspunt voor vergoeding als voorwaarde geldt het oogmerk van de dader om de betreffende schade teweeg te brengen en niet wordt geredeneerd vanuit de positie van de benadeelde. Dit moge zo zijn, maar om nu te spreken

34. Zie Hoge Raad 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, m.nt. JMBV.

35. Zie r.o. 3.3.2 van de in de vorige noot vermelde uitspraak.

36. Zie A.T. Bolt en J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, preadvies Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking 1993, p. 63/4.

37. Zie o.a. R. Overeem, *Smartegeld*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 48 ev.; W.M.K. Slok en A.J. Van, 'De privaatrechtelijke boete en artikel 6: 106 BW', *NJB* 1990, p. 1828/1829; M.A.B. Chao-Duivis, 'Vergelding als schadevergoeding', *NJB* 1990, p. 518. Anders: M.A. Elsen, 'Kan de immateriële schadevergoeding op grond van artikel 6:106 BW dienen als aanknopingspunt voor de Amerikaanse punitive damages', in: Cahen-bundel, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 93.

van een equivalent van punitive damages gaat toch te ver aangezien het toepassingsbereik gelet op het oogmerkvereiste toch wel heel gering is.³⁸ Daarbij komt dat dat oogmerk louter betrekking moet hebben op het toebrengen van immaterieel leed, een beperking die de Amerikaanse praktijk niet kent en de effectiviteit geweld aandoet.³⁹ Nog daargelaten dat het bewijs van beide elementen niet eenvoudig zal zijn te leveren.⁴⁰

Ook de omstandigheid dat de bepaling met name ertoe strekt om het geschokte rechtsgevoel te bevredigen duidt niet per se op een punitief karakter van die bepaling. Bevrediging van het geschokte rechtsgevoel is immers slechts een deelfunctie van het schadevergoedingsrecht, die slechts meeloopt met de primaire verplichting tot het betalen van schadevergoeding en geen zelfstandig rechtsgevolg vereist.⁴¹ Dat de rechter met de mate van verwijtbaarheid, in het bijzonder bij de vaststelling van de hoogte van de immateriële schade, rekening houdt lijkt een verplichting te zijn die uit de billijkheidsmaatstaf voortvloeit. De genoegdoening vervult daarbij een scharnierfunctie die de poort van het schadevergoedingsrecht ruimer opent bij opzettelijke gedragingen die de omvang van het leed doorgaans vergroten.

Artikel 6:106 lid 1 onder a BW legt weliswaar een verbinding tussen de aard van de gedraging en de te vergoeden schade maar gaat daarbij niet zover dat meer immaterieel nadeel mag worden vergoed dan door die gedraging is veroorzaakt. Een elementair element van

38. In die zin ook Vranken in zijn noot onder HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216. Naar zijn – terecht – mening is oogmerk een nog specifiekere en beperktere begrip dan opzet, met dito bewijsgevolgen. Anders: C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Mon. Nieuw BW 11, Deventer: Kluwer 1988, p. 53.

39. Aldus ook H.O. Kerkmeester, 'Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans', *NJB* 1998, p. 1813.

40. Zie Vranken, t.a.p. noot 36 en R.P.J.L. Tjittes, 'Stellingen', *VA* 1994, p. 108.

41. Zie de uitgebreide en interessante beschouwingen over deze functie, C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, preadvies NJV 2003, i.h.b. p. 108/9.

punitive damages, te weten het ophogen van de totale schade met een factor X, ontbreekt derhalve. Een bewuste keuze van de wetgever!⁴²

Op zoek naar verdere poenale elementen komen we – onafwendbaar – terecht bij artikel 6:104 BW. De gedachte is: de verplichting tot schadevergoeding als sanctie op toerekenbaar onrechtmatig handelen schiet tekort indien het profijt van de dader groter is dan de voor vergoeding in aanmerking komende schade.⁴³ Artikel 6:104 BW bepaalt onder meer dat de rechter een vordering kan begroten op het bedrag van de (gedeeltelijke) winst die iemand door onrechtmatig handelen heeft genoten. De vraag is of dit kan meebrengen dat de dader een grotere vergoedingsplicht opgelegd kan krijgen dan de omvang van de schade. In zijn arrest van 24 december 1993 lijkt de Hoge Raad die vraag ontkennend te beantwoorden en vast te houden aan het schadevergoedingskarakter van de betreffende bepaling:

‘(...) 3.4 Art. 6:104 BW geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd een ‘vordering tot winstafdracht’, doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid, om ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van door dit handelen of die wanprestatie behaalde winst of op een gedeelte daarvan. Het artikel vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97. De in het artikel bedoelde wijze van begroting komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid door de eiser niet hoeft te worden aangetoond. Dit neemt echter niet weg dat zo de rechter vaststelt dat in het geheel geen nadeel is geleden, daarmee de weg naar toepassing is afgesneden (...).’

Kortom, artikel 6:104 BW is slechts een wettelijk hulpmiddel bij de begroting van de schade en ontbeert het punitieve karakter van artikel 43 Octrooiwet en artikel 27a van de Auteurswet die beide wel voorzien in winstafdracht als alternatief voor of zelfs cumulatief met een vordering tot schadevergoeding.

Kortom, ik zie weinig of geen wettelijke aanknopingspunten om in ons land een actie wegens punitive damages toe te kennen. Het is op

42. Die volgens S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 31 en 128 ook niet de bedoeling heeft gehad om via artikel 106 de weg naar punitive damages te openen. In gelijke zin C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Preadvies NJV 2003, p. 108: Genoegdoening heeft het belang in de relatie dader slachtoffer grotendeels verloren omdat het civiele recht bestraffing als zelfstandige doelstelling overlaat aan het strafrecht.

43. Aldus geformuleerd door Van Nispen, a.w., p. 55.

zichzelf geen onaantrekkelijke gedachte om de rechter als wetgever-plaatsvervanger aan de slag te laten gaan. Volgens Van Dunné⁴⁴ is immers geen wettelijke bepaling of arrest van de Hoge Raad nodig om de figuur van punitive damages te gebruiken: “gewoon doen”. De vraag is echter of de rechterlijke bevoegdheid op dit punt toch niet beperkt is tot het geven van een te zwak signaal aan gedragingen die juist een forse prikkel tot ontmoediging behoeven.⁴⁵

4.3 Wel een regeling en hoe dan wel?

Het gaat de grenzen van dit artikel te buiten om thans nog ampele beschouwingen te wijden aan de voor- en nadelen verbonden aan invoering van punitive damages. Ik volsta met enkele opmerkingen. Veel strafbare feiten blijven om opportunitaire redenen, hun futiele karakter of bij gebreke van capaciteit van het Openbaar Ministerie onbestraft.⁴⁶ Een stelling die door niemand in twijfel wordt getrokken. Ook niet-strafrechtelijk gedrag van een hoogst laakbaar gehalte blijft buiten schot. De kosten van een procedure wegen doorgaans niet op tegen het entameren van een actie tot schadevergoeding. Veel calculerende schadeveroorzakers blijven aldus buiten schot.⁴⁷

Nu is de overheid op vele terreinen actief om maatschappelijk onwenselijk gedrag ook buiten het strafrechtelijk kader aan te pakken. De OPTA, die controle uitoefent op de telecombranche, en de mededingingswaakhond, de NMA, die onfaire concurrentie moet aanpakken, zijn enkele bekende voorbeelden. Het valt dan ook niet goed in te zien waarom ook niet het civiele recht wordt ingezet om ernstig maatschappelijk onzorgvuldig gedrag te redresseren. Punitieve elementen zijn aan het schadevergoedingsrecht niet vreemd, het komt er op aan deze te versterken en van een duidelijke basis te voorzien. Dreiging met punitive damages dwingt potentiële daders tot het

44. J.M. van Dunné, ‘Privatisering van het strafrecht: beeld en spiegelbeeld’, in: *Dading in plaats van strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 58.

45. Zie over de vraag of ingrijpen door de rechter is vereist voor een ‘ophogingsrecht van de rechter’, C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 34.

46. Voor Bolt en Lensing is dit handhavingstekort doorslaggevend om niet langer afwijzend te staan tegenover invoering van een privaatrechtelijke boete, a.w., p. 84.

47. Dit is ook de analyse van E. van der Heijden, ‘Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker’, *NJB* 2001, p. 1752, na de verschillende mogelijkheden die het civiele recht biedt om tot effectieve rechtsbescherming te komen te hebben besproken.

nemen van voorzorgmaatregelen. Vanuit dat perspectief zijn punitive damages effectief en preventief en kunnen zij de onderhandelingspositie van benadeelden versterken.⁴⁸

4.4 Contouren

Moge een lage kans op strafrechtelijke veroordeling een van de argumenten zijn om tot invoering van punitive damages over te gaan, ik zie weinig in een voorwaardelijk recht op punitive damages gerelateerd aan de kans op veroordeling. In mijn visie zou het (uit een oogpunt van legaliteit) om een wettelijke regeling moeten gaan waarbij aan de rechter in daarvoor in aanmerking komende gevallen de bevoegdheid wordt gegeven om de vergoeding te bepalen op de schade met een verhoging gerelateerd aan de omvang van die schade. Een soort dubbele redelijkheidstoets die we ook kennen bij de begroting van buitengerechtigde kosten.⁴⁹ Rechtvaardigt het gedrag (grove schuld tot opzet) van de dader de oplegging van punitive damages en welk bedrag is redelijk? Strafrechtelijke boetes behoren niet aan punitive damages in de weg te staan, maar kunnen wel tot een matiging daarvan leiden. Het moet wat mij betreft een in het civiele recht ingebedde sanctie worden. Dit impliceert dat onschuldpresumptie en *ne bis in idem*⁵⁰ slechts gelden binnen de kaders van het civiele procesrecht. Ook voor wat betreft aan het bewijs te stellen eisen dienen geen hogere eisen dan normaal te worden gesteld. De vereiste mate van onzorgvuldigheid legt zonder meer al een zwaardere bewijslast op de eiser dan bij het bewijs van louter onzorgvuldigheid het geval is.

Aan te bevelen is voorts de door Frenk⁵¹ aangezwengelde discussie over groepsacties en de gemankeerde groepsactie van artikel 3:305a BW ter harte te nemen.

48. Zie voor een uitgebreide beschouwing over dit effect, Kerkmeester, a.w., p. 1809.

49. Het arrest van de Hoge Raad van 9 december 1994, *NJ* 1995, 250 (Smit/de Moor) bevat overwegingen over de proportionaliteit tussen de gevorderde hoofdsom en de buitengerechtigde kosten.

50. Zie de verplichting de waarheid te vertellen, artikel 21 Rv. en artikel 236 Rv. terzake van het gezag van gewijsde.

51. Zie N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 177 ev. en Van der Heijden, a.w., p. 1751/1752.

4.5 Conclusie

De Amerikaanse praktijk leert dat punitive damages, mits onder rechterlijke controle, een nuttige functie kunnen vervullen bij het aanpakken en voorkomen van misstanden van klein en groot formaat. Van uit de hand lopende bedragen zal in Nederland niet snel sprake zijn: onze rechtscultuur is beducht voor hoge bedragen terzake van immateriële schade en de rechter heeft de naam op goede en verantwoorde wijze van zijn bevoegdheid op dat terrein gebruik te maken. Aangenomen dat de geringe pakkans zowel in het strafrecht als in het civiele recht de schuldige is van de beperkte preventie dient die schuldige te worden aangepakt. Punitive damages zijn daarbij een handvat. Invoeren – overwegen – dus!