

Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe

Citation for published version (APA):

Meurkens, R. C. (2014). *Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Wolters Kluwer Business. <https://doi.org/10.26481/dis.20141219rm>

Document status and date:

Published: 01/01/2014

DOI:

[10.26481/dis.20141219rm](https://doi.org/10.26481/dis.20141219rm)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

NEDERLANDSE SAMENVATTING

Punitive damages

Een civiele remedie in het Amerikaanse recht, lessen en caveats voor continentaal Europa

1 Inleidende opmerkingen

In dit boek staat de vraag centraal of de civielrechtelijke sanctie *punitive damages* een toekomst heeft in continentaal Europa. Deze vorm van civiele schadevergoeding wordt tot op heden louter erkend in rechtssystemen die behoren tot de *common law*-traditie, zoals de Verenigde Staten, Engeland en Wales, Australië en Nieuw-Zeeland. In deze landen kan in bepaalde omstandigheden aan de gedaagde in een civiele procedure, naast een compensatoire schadevergoeding, een extra schadevergoeding in de vorm van *punitive damages* worden opgelegd. De functies van deze privaatrechtelijke boete reiken verder dan bestraffing en preventie alleen; ook het beschermen van het algemeen belang, het faciliteren van privaatrechtelijke handhaving en het compenseren van bepaalde kosten van de eiser, zoals advocaatkosten, behoren tot haar functies. Aangezien claims betreffende *punitive damages* overwegend in de Verenigde Staten, waar het leerstuk al sinds de achttiende eeuw wordt erkend, worden toegewezen en er op dit gebied een uitgekiend systeem van rechtspraak, doctrine en wetgeving bestaat, refereert dit boek voornamelijk aan het Amerikaanse recht.

De centrale vraag in dit boek is ingegeven door parallele Europese ontwikkelingen, bestaande uit de toenemende aandacht voor privaatrechtelijke handhaving van, onder meer, het mededingingsrecht, mensenrechten, het consumentenrecht en het intellectuele eigendomsrecht, evenals de roep om steviger sancties ter preventie en bestraffing van ernstige normschendingen *binnen* het privaatrecht. Deze ontwikkelingen passen zonder aarzeling in het huidige Europese tijdsbeeld, waarin deregulering en privatisering, mondige burgers, een verminderd vertrouwen in de overheid en een tendens om anderen verantwoordelijk te willen houden voor geleden schade meer zichtbaar lijken te worden.

Gelet op de systeemvreemdheid van *punitive damages* in continentaal Europese rechtssystemen maakt zij geen deel uit van het civielrechtelijke sanctiearsenaal aldaar, en proeft men duidelijke aarzeling bij wetenschappers en beleidsmakers wanneer de vraag aan de orde is of invoering van deze sanctie opportuun is. Een ongefundeerd beeld van 'het onbekende' lijkt een belangrijke reden te zijn waarom deze vraag in het verleden niet zelden negatief werd beantwoord. Dit beeld wekt gevoelens van argwaan en angst op. Meer specifiek wordt het Europese debat tot op de dag van vandaag beïnvloed door angst voor het excessief gebruik van civiele

procedures wat zal leiden tot een ongewenste claimcultuur, angst voor exorbitante civiele schadevergoedingen, angst voor burgerlijke rechters die zich ongelegitimeerd op het terrein van de strafrechter begeven, et cetera. Nog afgezien van het feit dat angst een slechte raadgever is en zij ons belet stil te staan bij de positieve aspecten van *punitive damages* als privaatrechtelijk handhavingsmechanisme, lijkt deze angst goeddeels te zijn gebaseerd op onwetendheid en vooropgezette meningen. Het is op zijn minst opmerkelijk te noemen dat in het verleden gedane beweringen over *punitive damages* nauwelijks door feiten en cijfers werden ondersteund.

De laatste tijd lijkt er echter sprake te zijn van een kentering in het Europese debat en maakt de wijdverbreide terughoudendheid steeds vaker plaats voor nieuwe, minder negatieve, ideeën over *punitive damages*. Wel is nog altijd sprake van onwetendheid die de mogelijkheid voor wetenschappers en beleidsmakers om het debat op de juiste basis te voeren verstoort. De voornaamste doelstelling van dit boek is dan ook het vergroten van het inzicht in werking, reikwijdte en betekenis van de civiele sanctie. Alleen een juiste voorstelling van zaken maakt het immers mogelijk het debat op een goede manier te laten verlopen. Zoals hiervoor aangegeven is daartoe vooral een beroep op het Amerikaanse rechtssysteem gedaan. Een goed begrip van het Amerikaanse *punitive damages*-recht alsmede van de Amerikaanse context waarin de civiele sanctie functioneert, is niet alleen nuttig maar ook noodzakelijk om een antwoord te kunnen geven op de vraag of zij een toekomst heeft in continentaal Europa. Om deze centrale vraag te kunnen beantwoorden is in dit boek een vijftal onderzoeksvragen aan de orde gekomen. Deze vragen zullen hierna één voor één de revue passeren. Vanzelfsprekend is het onmogelijk om, in het korte bestek van deze samenvatting, uitvoerig in te gaan op alle aspecten van dit boek. De belangrijkste worden daarom aangestipt, en voor nadere uitleg wordt verwezen naar de betreffende hoofdstukken.

2 Kenmerken van het Amerikaanse *punitive damages*-recht

De hoofdstukken twee tot en met vier van dit boek behandelen de voornaamste kenmerken van het Amerikaanse *punitive damages*-recht. In deze hoofdstukken is niet alleen uitgelegd *waarom*, *wanneer* en *hoe* de civiele sanctie in de Verenigde Staten wordt toegepast,¹ maar is ook uitvoerig stilgestaan bij een overkoepelend thema in dit verband: de acceptatie en controle van *punitive damages*.² De onderzoeksresultaten met betrekking tot het Amerikaanse recht zijn vervolgens kort en bondig weergegeven in hoofdstuk vijf. Dit hoofdstuk vormt een tussenconclusie en tevens de overgang van het Amerikaanse debat in de hoofdstukken twee tot en met vier naar het Europese debat in de hoofdstukken zes tot en met negen. Een aantal aspecten springt in het oog.

Zoals hiervoor reeds genoemd, is het in de eerste plaats van belang om de Amerikaanse context waarin *punitive damages*-claims worden toegewezen te

¹ Hoofdstuk twee en hoofdstuk drie.

² Hoofdstuk vier.

begrijpen. Kennis van de voornaamste kenmerken van deze civiele sanctie is, op zichzelf, niet voldoende om haar werking voor een buitenstaander volledig inzichtelijk te maken. Typerend voor de Verenigde Staten is dat het wordt gezien als een *civil justice system*, een rechtssysteem waarin burgers worden grootgebracht met het idee dat zij zich kunnen beroepen op het fundamentele recht, ontleend aan de grondwet en de *Bill of Rights*, om medeburgers ter verantwoording te roepen voor de burgerlijke rechter. Dit *right to sue* loopt als een rode draad door het Amerikaanse rechtssysteem.

Het wordt gefaciliteerd door een terughoudende overheid enerzijds en een belangrijke positie voor privaatrechtelijke handhaving anderzijds, alsmede (procesrechtelijke) mechanismen zoals *class actions* en salariëring van advocaten op basis van *no cure, no pay*. De terughoudende rol van de overheid is een belangrijk aspect in dit verband; hiermee wordt bedoeld een overheid die, althans in vergelijking met overheden in Europa, relatief veel waarde hecht aan de vrijheid en eigen verantwoordelijkheid van het individu en daarom minder snel interventieert in de maatschappij dan elders gebruikelijk is. De sanctie *punitive damages*, met als belangrijkste functies bestraffing en preventie, vervult in het Amerikaanse *civil justice system* een bijzondere, instrumentele functie. Zij maakt onderdeel uit van een systeem waarin de burger van grote betekenis is in het, als zogenaamde *private attorney general*, voorkomen en bestrijden van alledaagse maatschappelijke problemen. In de Verenigde Staten wordt, anders dan in Europa, het overheidsbeleid vooral privaatrechtelijk gehandhaafd. Sterker nog, het is de belangrijkste methode ter handhaving van talloze wetten, zoals *securities laws*, *consumer protection laws*, *civil rights laws*, *antitrust laws* en *environmental laws*. Zo bezien vervult de civiele procedure, met *punitive damages* als een van haar wapens, een regulerende functie, waar dit in Europa vooral door overheidsoptreden gebeurt.

Enige nuancering is echter op haar plaats. Hoewel de Verenigde Staten op dit punt verschilt van Europa zijn civiele procedures in de Verenigde Staten *niet* in het algemeen excessief of onbeheersbaar. Zo is het aantal claims op basis van onrechtmatige daad betrekkelijk klein; de meeste slachtoffers met lichamelijk letsel komen bijvoorbeeld niet in actie, en degenen die dat wel doen komen vaak tot een schikking. Ook beweringen over het op excessieve wijze toepassen van de civiele sanctie *punitive damages* door Amerikaanse rechters zijn behoorlijk overdreven. Het zijn vooral de media en anti-*punitive damages*-lobbyisten die hebben bijgedragen aan mythevorming en een verdraaid beeld van de realiteit. Uit het Amerikaanse recht kan in dit verband een aantal lessen worden getrokken die voor het Europese debat van belang zijn. Wederom zij opgemerkt dat voor een genuanceerd overzicht wordt verwezen naar de hoofdstukken twee tot en met vijf.

Om te beginnen kan een *punitive damages*-claim alleen worden toegewezen wanneer aan een drietal voorwaarden is voldaan. Er moet, in algemene bewoordingen, sprake zijn van: (1) het schenden van een rechtsnorm die strekt tot bescherming van eisers belang (*invasion of a legally protected interest*), (2) een verzwarende omstandigheid in het onrechtmatige gedrag van gedaagde (*aggravating element*) en

(3) werkelijk geleden schade (*actual damage*). Bij het beantwoorden van de vraag of in een bepaald geval een bedrag aan *punitive damages* kan worden toegewezen werpen deze voorwaarden dus een eerste barrière op.

Daarnaast toont empirisch onderzoek aan dat *punitive damages* globaal gezien zelden worden geclaimd (in ongeveer 10% van de civiele zaken) en ook zelden worden toegewezen (in minder dan 10% van de gewonnen civiele zaken). Bovendien gaat het in de meeste gevallen, gelet op de rechtsinbreuk en de schade, om een redelijk – niet excessief – bedrag (gemiddeld tussen \$ 38,000 en \$ 52,000).

Een ander belangrijk onderzoeksresultaat van dit boek betreft het *type* zaken waarin *punitive damages*-claims het vaakst worden toegewezen. Hoewel het theoretische uitgangspunt is dat *punitive damages* alleen in het geval van een onrechtmatige daad kunnen worden toegewezen, wordt de sanctie in de praktijk in legio andere gevallen toegepast. Dat geldt bijvoorbeeld ook wanneer er sprake is van een contractbreuk, mits deze tevens een onrechtmatige daad oplevert. Ondanks haar ruime toepassingsbereik en in tegenstelling tot wat vaak door buitenstaanders wordt gedacht, komt toewijzing van *punitive damages* echter relatief weinig voor in zaken die betrekking hebben op *lichamelijk letsel* als gevolg van nalatigheid (*negligence*), auto-ongelukken, medische fouten of productaansprakelijkheid. De populaire *punitive damages*-categorieën zijn: (1) de zogenaamde opzettelijke onrechtmatige daden (*intentional torts*) zoals aanranding of mishandeling, (2) zaken betreffende de inbreuk van persoonlijkheidsrechten door middel van laster of smaad (*defamation*) en (3) zaken waarin onder meer fraude, verzekeraars die te kwader trouw zijn in de afhandeling van schadeclaims of discriminatie op de werkvloer aan de orde is (*financial torts*). Een verklaring voor deze uitkomst is de hiervoor genoemde verzwarende omstandigheid in het onrechtmatige gedrag van de gedaagde die is vereist voor het opleggen van *punitive damages*. Deze verzwarende omstandigheid is waarschijnlijk vaker aanwezig in de populaire categorieën dan in de letselschade-zaken.

Toch krijgt het leerstuk van *punitive damages* ook in de Verenigde Staten de nodige kritiek te verduren. Deze kritiek richt zich niet alleen op het strafkarakter van de civiele sanctie die niet met alle mogelijke strafrechtelijke waarborgen is omgeven, maar bijvoorbeeld ook op het gebruik van vage terminologie of de zogenaamde *windfall*, dat gedeelte van het *punitive damages*-bedrag dat de eiser ongerechtvaardigd ten deel valt omdat het een preventieve en punitieve functie zou overstijgen. Daarom zijn ook Amerikaanse rechters zich er in het algemeen van bewust dat toekenning van *punitive damages* redelijk moet zijn, en niet meer moet behelzen dan noodzakelijk is om haar doel te bereiken. Dit bewustzijn is de laatste decennia toegenomen doordat zowel de wetgever als de rechterlijke macht en dan in het bijzonder het Amerikaanse Hooggerechtshof met behulp van diverse controlemechanismen de vinger aan de pols houden. Wat betreft wetgevende technieken kan men bijvoorbeeld denken aan het ophelderen van onduidelijke terminologie, het vaststellen van limieten en het toestaan van betaling van (een deel van) het bedrag aan de staat of aan een slachtofferfonds. Daarnaast heeft het Hooggerechtshof in een reeks uitspraken de grondwettelijkheid van *punitive*

damages getoetst en zodoende een kader geschapen waarbinnen lagere rechters kunnen opereren. De voornaamste boodschap van het Hooggerechtshof is dat draconische *punitive damages*-bedragen niet zijn toegestaan. Integendeel, het bedrag gemoeid met *punitive damages* dient redelijk te zijn in relatie tot: (a) haar preventieve en bestraffende functie, (b) de aard van het onrechtmatige gedrag, (c) de aard van de schade, (d) de compensatoire schadevergoeding en (e) strafrechtelijke of privaatrechtelijke sancties die in soortgelijke gevallen beschikbaar zijn. Naast deze factoren waarmee de rechter bij het vaststellen van een *punitive damages*-bedrag rekening dient te houden, kan ook de financiële positie van de gedaagde en eventuele winst die de gedaagde door het onrechtmatige gedrag heeft verkregen de hoogte van het toe te wijzen bedrag beïnvloeden. Het Hooggerechtshof heeft, ten slotte, te kennen gegeven dat het, gelet op de functies van *punitive damages*, onmogelijk en ook onwenselijk is om een heldere scheidslijn aan te brengen tussen grondwettelijk geaccepteerde en niet-geaccepteerde bedragen.

3 Afwezigheid van *punitive damages* in continentaal Europa

Hoewel deze uitleg van de belangrijkste kenmerken van het Amerikaanse *punitive damages*-recht een onmisbare basis vormt, is het nog niet voldoende om de centrale vraag of de civielrechtelijke sanctie een toekomst heeft in continentaal Europa te kunnen beantwoorden. Daarvoor is het ook noodzakelijk inzicht te krijgen in het Europese debat. Wat zijn bijvoorbeeld de onderliggende redenen voor de afwezigheid van *punitive damages* in continentaal Europa? Deze vraag is in hoofdstuk zes van dit boek beantwoord. Een aantal traditionele verklaringen voor het niet bestaan van *punitive damages* kwam naar voren.

De eerste verklaring heeft alles te maken met de functies van het aansprakelijkheidsrecht. In de klassieke oudheid werden aansprakelijkheidsrecht en strafrecht als één geheel gezien. Dit geldt zowel voor landen met een *common law*-traditie, als voor landen met een *civil law*-traditie. De civiele boete, ook wel bekend als *poena*, was destijds een geaccepteerde vorm van bestraffing die gelijkenissen vertoonde met de huidige *punitive damages*-sanctie. Op zeker moment verloor het aansprakelijkheidsrecht in *civil law*-rechtssystemen, onder invloed van het kerkelijke recht en door de opkomst van een strikte scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht, zijn bestraffende functie en werd de focus verlegd van bestraffing van de dader naar compensatie en genoegdoening van het slachtoffer. Het is echter de vraag of aan deze verlegging van focus niet te zwaar wordt getild. Volgens rechtshistorici verschilt de huidige immateriële schadevergoeding in *civil law*-rechtssystemen immers qua functie niet veel van de *poena* zoals die in de klassieke oudheid werd toegepast. In *common law*-rechtssystemen daarentegen bleef de bestraffende functie van het aansprakelijkheidsrecht naast de compensatoire functie bestaan. Punitieve elementen in het aansprakelijkheidsrecht zouden *de facto* nog steeds worden geaccepteerd in *civil law*-rechtssystemen, hetgeen ook de huidige systeemvreemdheid van *punitive*

damages zou kunnen relativieren. Gelet op het belang van dit argument in het kader van de centrale vraag, is er in hoofdstuk negen stilgestaan bij punitieve elementen die weliswaar niet *de iure* maar misschien wel *de facto* voorkomen in het privaatrecht. Niettemin staat vast dat bestraffing theoretisch gezien geen onderdeel uitmaakt van het aansprakelijkheidsrecht in continentaal Europese rechtsstelsels. Het heersende idee aldaar is dat bestraffing een taak van de overheid is en daarom moet worden overgelaten aan publiekrechtelijke mechanismen zoals het strafrecht en het bestuursrecht. De *punitive damages*-sanctie wordt daarom als onverenigbaar met de huidige functies van het aansprakelijkheidsrecht gezien.

Een andere verklaring voor de afwezigheid van *punitive damages* in continentaal Europa hangt sterk samen met de eerste verklaring betreffende de functies van het aansprakelijkheidsrecht en is gelegen in de scheiding tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Net als *civil law*-rechtssystemen erkennen *common law*-rechtssystemen deze scheiding. Dat de laatste aan een strikte scheiding minder waarde hechten, blijkt echter uit het feit dat het opleggen van *punitive damages* er niet door wordt gehinderd. In de Verenigde Staten bijvoorbeeld wordt, zoals eerder uitgelegd, het toewijzen van *punitive damages* gezien als een beleidskeuze, een middel om overheidsbeleid uit te voeren. Dit maakt tevens duidelijk waarom de civiele sanctie in afwezigheid van bepaalde strafrechtelijke waarborgen kan worden gehandhaafd. Zo heeft de *double jeopardy rule*, in *civil law*-rechtssystemen ook wel bekend als het *ne bis in idem*-beginsel, voor Amerikaanse rechters niet veel praktische waarde bij het toewijzen van *punitive damages*. Het uitgangspunt in het Amerikaanse recht is immers dat een reeds opgelegde strafrechtelijke sanctie het opleggen van een civielrechtelijke sanctie voor *dezelfde* onrechtmatige gedraging niet kan verhinderen. De ratio van deze algemene regel is dat de civiele sanctie voornamelijk wordt opgelegd voor het onrecht dat de eiser *in casu* is aangedaan, terwijl de strafsanctie vooral wordt opgelegd voor het onrecht dat de maatschappij is aangedaan. Bovendien maakt deze regel het mogelijk dat de *punitive damages*-sanctie strafrechtelijke sancties *aanvult*. Dit aspect van de publiek-privaatscheiding, de onverenigbaarheid met strafrechtelijke waarborgen zoals neergelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), wordt in het Europese debat juist veelvuldig als argument tegen invoering van *punitive damages* gebruikt. Men zou kunnen zeggen dat de Amerikanen op dit vlak pragmatischer zijn dan de Europeanen: belangrijke beleidskeuzes worden niet gehinderd door theoretische obstakels zoals de scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht. Een verklaring zou kunnen zijn dat de scheiding een serieus te nemen politiek karakter heeft, dat wil zeggen afhankelijk is van de beleidsagenda van de politiek, en dat de vraag of overheidsregulering langs publiekrechtelijke of privaatrechtelijke weg plaatsvindt niet alleen een juridische, maar ook een politieke vraag is.

De derde verklaring hangt samen met de rol van de overheid. We zagen al dat beleidskeuzes van de overheid de kijk op *punitive damages* kunnen beïnvloeden. Hierbij is het van belang om niet alleen de sanctie op zichzelf, maar ook de context waarin zij wordt toegepast te begrijpen. Zo is privaatrechtelijke handhaving door

de burger die als *private attorney general* functioneert een belangrijk onderdeel van het Amerikaanse *civil justice system*. In Europa is privaatrechtelijke handhaving weliswaar nog minder goed ontwikkeld, maar staat zij wel meer en meer op de agenda. Een aspect met betrekking tot de rol van de overheid dat tevens invloed heeft op het belang van civiele procedures hangt samen met andere mogelijke vergoedingsmechanismen. In tegenstelling tot de Verenigde Staten is compensatie van slachtoffers via het aansprakelijkheidsrecht een betrekkelijk marginaal fenomeen in Europa, waar het systeem van private verzekeringen en sociale zekerheid een grotere rol speelt bij het compenseren van slachtoffers. Vooral wat betreft de sociale zekerheid is het verschil tussen de Verenigde Staten, waar civiele procedures wel als surrogaat voor de verzorgingsstaat worden gezien, en Europa vrij groot. Zoals eerder aangegeven verschilt de Verenigde Staten ook op het punt van overheidsregulering van Europa. In het Amerikaanse rechtssysteem vervult het *civil justice system* een belangrijke regulerende functie, terwijl deze functie in Europese rechtsstelsels nog voornamelijk door de overheid wordt vervuld. Dit verschil is in hoofdstuk zes toegelicht aan de hand van een aantal voorbeelden, zoals de mate waarin cultuur een maatschappij kan beïnvloeden en het belang van de eigen verantwoordelijkheid van (mede)burgers.

Een laatste aspect dat de afwezigheid van *punitive damages* in continentaal Europa mede verklaart hangt samen met de wijze waarop het procesrecht is ingericht. In dit verband is een aantal belangrijke verschillen tussen de Verenigde Staten en Europa aan te wijzen.

Nu de traditionele redenen voor de afwezigheid van *punitive damages* in continentaal Europa zijn benoemd, is ook op dit punt enige nuancering op haar plaats. De bezwaren tegen invoering van de civiele sanctie kunnen enerzijds als onoverkomelijk worden beschouwd, anderzijds bestaat voor elk van deze bezwaren wel een oplossing. In de hoofdstukken zeven tot en met negen is verder op dit thema ingegaan, en in paragraaf 2.1.1 van het concluderende hoofdstuk tien is, ter stimulering van het debat, een voorzichtige aanzet tot eventuele oplossingen gegeven.

4 Toegenomen Europese interesse in *punitive damages*

Hoofdstuk zeven betreft de ontwikkelingen die de toegenomen Europese belangstelling voor *punitive damages* verklaren. Hoewel het niet zonder meer overtuigend is om een toegenomen interesse uit juridische teksten af te leiden en sociaalwetenschappelijk onderzoek veel meer waarde zou hebben, valt niet te ontkennen dat er de laatste tijd sprake is van een zekere kentering in het Europese *punitive damages*-debat en zijn er steeds vaker positieve geluiden te horen. De ontwikkelingen zijn hiervoor reeds kort aangestipt: (1) een verschuiving van het zwaartepunt van publiekrechtelijke handhaving naar privaatrechtelijke handhaving en (2) de roep om steviger sancties ter preventie en bestraffing van ernstige normschendingen *binnen* het privaatrecht.

De toenemende belangstelling voor privaatrechtelijke handhaving is ontstaan in het Europese mededingingsrecht. Geïnspireerd door het Amerikaanse rechtssysteem, waar meer dan 90% van het mededingingsrecht privaatrechtelijk wordt gehandhaafd, heeft zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie als de Europese wetgever een bijdrage geleverd aan de discussie over de mogelijke rol van *punitive damages* ter handhaving van het mededingingsrecht. Omdat deze civiele sanctie in de Verenigde Staten wordt gezien als belangrijk handhavingsmechanisme, en ook als wapen dat door de burger kan worden ingezet in een civiele procedure, duikt zij bijna vanzelfsprekend op in het Europese debat. Intussen concentreert dit debat zich niet alleen meer op het Europese mededingingsrecht, maar ook op andere terreinen op Europees en nationaal niveau, zoals intellectuele eigendom, milieu, consumenten, anti-discriminatie, persoonlijkheidsrechten en mensenrechten. De Europese Commissie heeft onlangs nog benadrukt dat privaatrechtelijke handhaving een belangrijke aanvulling kan vormen op publiekrechtelijke handhaving. Inderdaad vormt volgens rechtseconomen een *combinatie* van private en publieke handhaving het ideale handhavingssysteem. Ook de terugtrekkende overheid en toenemende privatisering, bijvoorbeeld in de gezondheidszorg, huisvesting en energievoorziening, wordt als oorzaak van de aandacht voor privaatrechtelijke handhaving gezien. Een daaraan gerelateerde ontwikkeling is de belangstelling voor *public interest litigation*, dat wil zeggen civiele procedures met betrekking tot een publiek belang, bijvoorbeeld klimaatverandering of corruptie, gestart door burgers en non-gouvernementele organisaties. Ten slotte kan het vervagen van de strikte scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht worden genoemd. Deze ontwikkeling hangt nauw samen met de terugtrekkende overheid en toenemende privatisering.

Ook de roep om steviger sancties in het privaatrecht is het gevolg van veranderende inzichten. Deze verandering speelt zich af op een beperkter terrein dan de zojuist aangehaalde discussie over privaatrechtelijke handhaving, namelijk dat van het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht. Vooral op nationaal niveau is men op zoek naar manieren om ernstige normschendingen te voorkomen en te bestraffen. Doordat de belangrijkste bestaande civiele remedie, de compensatoire schadevergoeding, niet voldoende lijkt opgewassen tegen ernstig wangedrag ontstaat, zo is het idee, een handhavingstekort. Omdat ook publiekrechtelijke sancties niet steeds uitkomst bieden, wordt gezocht naar manieren om het privaatrechtelijke sanctiearsenaal te versterken en zo ‘tanden aan het privaatrecht’ te geven. Het type normschending dat zich hier voornamelijk voor zal lenen is opzettelijk, calculerend en ernstig wangedrag (*intentional, calculative and grave misconduct*). Niet toevallig is dit het soort gedrag waarvoor de *punitive damages*-sanctie primair wordt toegepast in de Verenigde Staten: de populaire categorieën zijn immers de eerdergenoemde *intentional torts*, *defamation*, en *financial torts*. Deze categorieën omvatten zowel opzettelijk en ernstig wangedrag, hetgeen vooral van toepassing is op de eerste categorie, als calculerend wangedrag, wat op de tweede en derde categorie van toepassing is. Vanzelfsprekend raakt deze discussie aan de veelgehoorde vraag naar de hedendaagse functies van het aansprakelijkheidsrecht. Hoewel compensatie als voornaamste functie van het

aansprakelijkheidsrecht wordt gezien, is zij zeker niet zijn enige functie. Het lijkt beter te zeggen dat het aansprakelijkheidsrecht een combinatie van functies vervult, waarbij de onderlinge rangorde verschilt naargelang de maatschappelijke en politieke omstandigheden. Zo is er niet alleen in de klassieke oudheid, maar ook in de huidige *common law*-rechtssystemen geopteerd voor een bestraffende functie van het aansprakelijkheidsrecht. En zo is er in de laatste decennia steeds meer Europese aandacht voor de instrumentele functie van het aansprakelijkheidsrecht en daarom dus ook voor *punitive damages*.

5 Afwijzing van *punitive damages* in continentaal Europa: de *status quo*

In het kader van de centrale vraag of er een toekomst voor *punitive damages* bestaat in continentaal Europa, is in hoofdstuk zes en zeven van dit boek vastgesteld dat er in het Europese debat zowel *weerstand* als *belangstelling* voor *punitive damages* is. In de daaropvolgende hoofdstukken acht en negen is dit thema verder uitgediept.

Hoofdstuk acht gaat nader in op de gevoelde weerstand, en behandelt de onderzoeksvraag naar de *status quo* van de afwijzing van *punitive damages* in continentaal Europa. De Europese benadering van de civiele sanctie is geanalyseerd aan de hand van een aantal voorbeelden. Zo is de positie van drie Europese instituten, te weten het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), de wetgever van de Europese Unie, en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) bekeken. Tevens is gekeken naar ontwikkelingen binnen het internationaal privaatrecht.

De positie van het EHRM is relatief duidelijk: *punitive damages* worden door hem niet toegewezen. Wel kan het EHRM op basis van artikel 41 EVRM bij schending van een verdragsnorm een zogenaamde billijke genoegdoening (*just satisfaction*) toekennen. Deze vorm van schadevergoeding heeft een zuiver compensatoire functie. Toch behoort een ruimere interpretatie van het begrip billijke genoegdoening wellicht tot de mogelijkheden. Dit wordt niet alleen in de doctrine geopperd, ook recente rechtspraak van het EHRM wijst in deze richting.³ In enkele uitspraken heeft het Hof een billijke genoegdoening toegewezen waarvan kan worden gezegd dat zij non-compensatoire elementen, zoals preventie en bestraffing, behelst. In hoofdstuk acht is dan ook het standpunt ingenomen dat, hoewel garanties voor de effectieve handhaving van mensenrechten moeilijk te geven zijn, zeker in dit kader de invoering van *punitive damages* het overwegen waard is. Het EHRM zou zich daarbij kunnen verdiepen in Amerikaanse jurisprudentie, waaruit blijkt dat Amerikaanse rechters al sinds jaar en dag aanleiding zien om ernstige schendingen van mensenrechten te voorkomen en bestraffen door middel van het opleggen van *punitive damages*.

³ ECtHR 19 June 2012, *Krone Verlag GMBH v. Austria*, no. 27306/07; ECtHR 25 June 2013, *Trévalec v. Belgium*, no. 30812/07.

Minder duidelijk dan de positie van het EHRM is die van de wetgever van de Europese Unie en van het HvJ. Hun benadering van *punitive damages* wordt in de literatuur ambivalent genoemd. In een aantal documenten, zoals de Rome II-Verordening, heeft de wetgever zich negatief uitgelaten over *punitive damages*. Daarbij worden de gebruikelijke argumenten aangevoerd die verband houden met de systeemvreemdheid van de civiele sanctie. In het kader van het Europese mededingingsrecht heeft het HvJ zich echter, althans in eerste instantie, niet negatief uitgelaten over *punitive damages*. Integendeel, in de *Manfredi*-zaak is bepaald dat schadevergoedingsacties ingesteld bij nationale rechtbanken een belangrijke rol spelen bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht.⁴ In deze zaak werd ook stilgestaan bij de mogelijkheid *punitive damages* toe te wijzen; volgens het HvJ is dit een optie die *niet* onverenigbaar is met de Europese openbare orde indien deze vorm van schadevergoeding naar nationaal recht is toegestaan. Zoals bekend is dat in een aantal lidstaten van de Europese Unie, namelijk die met een *common law*-traditie, al het geval. De wetgever heeft zich nadien in deze discussie, bijvoorbeeld in het witboek over schadevergoedingsacties in het Europese mededingingsrecht, gereserveerder opgesteld met betrekking tot de invoering van *punitive damages* door zich puur op de compensatoire functie van schadevergoeding te richten. Ook in het recente voorstel voor een richtlijn op dit terrein keert de sanctie niet terug. Ten slotte heeft het HvJ al in 1989, in een andere context, aangegeven dat nationale sancties voor inbreuken op het recht van de Europese Unie ‘effectief, proportioneel en ontradend’ (*effective, proportionate and dissuasive*) dienen te zijn.⁵ Dit is een terugkerende formule in Europese wetgeving, zoals anti-discriminatie-richtlijnen.⁶ Hoewel met deze formule oorspronkelijk waarschijnlijk niet op *punitive damages* werd gedoeld, wordt zij daar in de doctrine inmiddels wel aan gekoppeld. Deze ontwikkelingen dragen er waarschijnlijk aan bij dat de uitingen over *punitive damages* door de wetgever van de Europese Unie en het HvJ ambivalent worden genoemd.

Ontwikkelingen op het terrein van het internationaal privaatrecht, in het bijzonder de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse (in de praktijk: Amerikaanse) vonnissen, geven een indruk van de manier waarop nationale rechters in Europa *punitive damages* beoordelen. In principe worden deze vonnissen in Europa negatief ontvangen, omdat erkenning en tenuitvoerlegging ingaat tegen de openbare orde van nationale rechtssystemen. De openbare orde-exception wordt op verschillende manieren uitgelegd, maar steeds hangt de uitleg samen met de traditionele argumenten tegen *punitive damages*. Zoals gesignaleerd in de literatuur wordt de houding van sommige rechtssystemen echter geleidelijk aan toleranter. Diverse nationale rechters, bijvoorbeeld in Frankrijk, Zwitserland,

⁴ CJEU 13 July 2006, joined cases C-295/04 to C-298/04, ECR I-6619 (*Manfredi and Others*), recent bevestigd in CJEU 14 June 2011, case C-360/09, ECR I-05161 (*Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*); CJEU 6 June 2013, case C-536/11, not yet published (*Bundeszweibewerbsbehörde v. Donau Chemie AG and Others*).

⁵ CJEU 21 September 1989, case 68/88, ECR 2965 (*Commission v. Greece*).

⁶ Bijvoorbeeld richtlijnen 2000/43/EC; 2000/78/EC; 2002/73/EC.

Spanje en Griekenland, hebben zich minder negatief of conservatief ten opzichte van erkenning en tenuitvoerlegging van *punitive damages*-vonnissen uitgelaten. Een belangrijk voorbeeld is een uitspraak van het Franse Hof van Cassatie uit 2010, waarin werd bepaald dat buitenlandse *punitive damages*-vonnissen in principe kunnen worden erkend en ten uitvoer gelegd in Frankrijk, mits het bedrag aan *punitive damages* in verhouding staat tot de compensatoire schadevergoeding en tot het wangedrag van de gedaagde.⁷ Volgens verschillende Europese wetenschappers is de huidige vijandigheid jegens *punitive damages* van nationale rechters misplaatst, en zou de liberale houding van bijvoorbeeld het Franse Hof van Cassatie als voorbeeld voor andere Europese rechters moeten dienen. Een Zwitserse rechtbank was haar tijd ver vooruit en heeft al in 1989 in deze trant geoordeeld, door de openbare orde-exceptie in het kader van buitenlandse *punitive damages*-vonnissen restrictief uit te leggen. Volgens deze rechtbank moet het creëren van een ‘rammelende rechtspositie’ (*die Schaffung einer hinkenden Rechtslage*) die door toepassing van de openbare orde-exceptie in dit soort gevallen ontstaat zo veel mogelijk worden vermeden. Het verhinderen van de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland rechtsgeldige en onherroepelijke *punitive damages*-vonnissen acht zij daarom onwenselijk.⁸ Hoewel de openbare orde-exceptie enerzijds kan worden gezien als een drempel voor de introductie van *punitive damages* in continentaal Europa, is zij anderzijds een open norm die zich kan en ook moet aanpassen aan het huidige tijdsbeeld en veranderende maatschappelijke en politieke omstandigheden. Op het terrein van het internationaal privaatrecht hebben de hiervoor genoemde nationale Europese rechters hierin het voortouw genomen.

Uit de genoemde voorbeelden in hoofdstuk acht blijkt dat er aanwijzingen zijn dat de in Europa gevoelde weerstand jegens *punitive damages*, hoewel nog aanwezig, langzaam maar zeker aan het afbrokkelen is.

6 Bestaande civiele sancties in het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht

In hoofdstuk negen wordt gezocht naar verdere aanknopingspunten wat betreft de in het Europese debat gevoelde belangstelling voor *punitive damages*. Is de systeemvreemdheid van deze sanctie werkelijk een onoverkomelijk bezwaar? Om deze vraag te kunnen beantwoorden is een overzicht gepresenteerd van bestaande civiele sancties in het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht. Informatie met betrekking tot de mate waarin civiele sancties reeds worden geaccepteerd is belangrijk voor het beantwoorden van de vraag of er een toekomst voor *punitive damages* bestaat in continentaal Europa. Daarom is een zogenaamde ‘glijdende schaal’ – van compensatoir naar punitief – opgesteld om de verschillen tussen de vier Europese rechtssystemen en het Amerikaanse rechtssysteem aan te geven. De acceptatie van civiele sancties kan een indicatie vormen voor beleids-

⁷ Cour de cassation, Première chambre civile, 1 décembre 2010, 09/13303 (*Fontaine Pajot*).

⁸ Zivilgericht Basel-Stadt, 1 February 1989, BJM 1991, 31 (*S.F. Inc. v. T.C.S. AG*), at p. 34.

makers, in die zin dat de gevoelde Europese weerstand jegens *punitive damages* minder gefundeerd is. Het gaat dan uiteraard vooral om sancties die gelijkenissen vertonen met *punitive damages*, en daarom heeft de analyse in hoofdstuk negen zich geconcentreerd op de civiele schadevergoeding. Voor een goed overzicht van de behandelde sancties in de betreffende landen wordt verwezen naar hoofdstuk negen.

Van de onderzochte Europese rechtssystemen, erkent alleen het Engelse recht – expliciet – een punitieve functie van de civiele schadevergoeding. In Engeland wordt de *punitive damages*-sanctie immers, in lijn met de *common law*-traditie, erkend, zij het in beperktere mate dan in de Verenigde Staten. De Engelse benadering komt dan het dichtst bij de Amerikaanse benadering en kan daarom tegelijkertijd worden onderscheiden van de benadering in Nederland, Duitsland en Frankrijk. Een ander opvallend verschil is dat Engelse rechters, in vergelijking met de continentaal Europese rechtssystemen, waar het gaat om de schending van persoonlijkheidsrechten, de hoogste immateriële schadevergoedingen toewijzen.

In continentaal Europa staat het Franse recht het meest liberaal tegenover civiele sancties. Na het Engelse recht is het Franse recht op de glijdende schaal daarom als meest punitief gekwalificeerd. Hoewel het Franse Hof van Cassatie onverkort loyaal blijft aan het uitgangspunt van *restitutio in integrum* of volledige vergoeding van schade, wordt civiele sancties in de Franse doctrine wél een preventieve en bestraffende functie toegedicht door de erkenning van het concept *peine privée*. Hieronder wordt, in sommige gevallen althans, ook de immateriële schadevergoeding geschaard. Franse lagere rechters wijken namelijk weleens – impliciet – af van het beginsel dat alleen de schade, en niet meer dan de schade, mag worden vergoed. Zo wordt bij het vaststellen van immateriële schadevergoedingen, net als in Nederland en Duitsland overigens, niet alleen de schade van de eiser, maar ook het gedrag van de gedaagde in overweging genomen. Hoe serieuzer de rechtsinbreuk, des te hoger de immateriële schadevergoeding kan uitvallen. Dit ziet men bijvoorbeeld, wederom, in het geval van inbreuken van persoonlijkheidsrechten. Daarnaast is het Franse recht momenteel bijzonder interessant in het kader van het Europese *punitive damages*-debat. Dit hangt niet alleen samen met de in de vorige paragraaf genoemde tolerante uitspraak van het Hof van Cassatie over erkenning en tenuitvoerlegging van een Amerikaans *punitive damages*-vonnis. Ook Franse wetenschappers hebben niet stilgezeten, hetgeen sinds 2005 heeft geleid tot drie wetsvoorstellen: het Catala-voorstel, het Bêteille-voorstel en het Terré-voorstel. In deze voorstellen is de mogelijkheid opgenomen voor de burgerlijke rechter om *punitive damages* toe te wijzen wanneer er sprake is van lucratieve fouten of opzettelijke inbreuken van, bijvoorbeeld, persoonlijkheidsrechten. Hoewel deze voorstellen (nog) niet de status van wet hebben gekregen, geven zij aan dat de Franse belangstelling voor *punitive damages* evident is.

Zowel het Nederlandse als het Duitse recht vertonen overeenkomsten met het Franse recht, in die zin dat door de lagere rechters aan immateriële schadevergoedingen soms een preventieve en bestraffende functie wordt gekoppeld, hetgeen kan leiden tot aanzienlijke bedragen. Wederom is hier vooral sprake van in het geval van ernstige normschendingen en inbreuken op persoonlijkheidsrechten. Omdat

het *punitive damages*-debat in beide landen echter nog niet zover gevorderd is als in Frankrijk, nemen deze rechtssystemen op de glijdende schaal een plaats na het Franse recht in.

Van de vier onderzochte Europese landen wordt alleen in Engeland een punitieve functie van de civiele schadevergoeding *expliciet* erkend. Zoals betoogd in hoofdstuk negen, is het echter verdedigbaar dat een dergelijke functie weliswaar niet *de iure* maar wel *de facto* in Frankrijk, Nederland en Duitsland wordt erkend. En het blijft niet bij deze continentaal Europese landen. Naar punitieve elementen in het privaatrecht wordt al geruime tijd door Europese wetenschappers onderzoek gedaan. Uit dit andere onderzoek komt naar voren dat soortgelijke conclusies worden getrokken voor, bijvoorbeeld, Hongarije, Italië, Noorwegen, Zweden, Denemarken, Spanje, Estland en Zwitserland. De systeemvreemdheid van *punitive damages* in continentaal Europa kan om deze reden worden gerelativeerd, hetgeen ook rechtshistorisch gezien te verklaren valt. Zoals hiervoor aangegeven werd immers in *civil law*-rechtssystemen een bestraffende functie van het aansprakelijkheidsrecht in de klassieke oudheid erkend en pas later, onder invloed van het kerkelijke recht en door de opkomst van een strikte scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht, afgeschaft. Echt afgeschaft is de bestraffende functie van het aansprakelijkheidsrecht volgens rechtshistorici echter nooit, daar zij tegenwoordig door de immateriële schadevergoeding zou worden vervuld.

7 Concluderende opmerkingen

In het licht van de verschuiving van het zwaartepunt van publiekrechtelijke handhaving naar privaatrechtelijke handhaving, alsmede de roep om steviger sancties ter preventie en bestraffing van ernstige normschendingen *binnen* het privaatrecht, is de Europese belangstelling voor de civiele sanctie *punitive damages* de laatste jaren toegenomen. Dit heeft geleid tot de centrale vraag van dit boek of deze sanctie een toekomst heeft in continentaal Europa. Het idee dat de burgerlijke rechter naast een compensatoire schadevergoeding een extra schadevergoeding in de vorm van *punitive damages* kan opleggen heeft tot dusver voornamelijk negatieve reacties opgeroepen.

De in Europa gevoelde weerstand jegens *punitive damages* wordt in de eerste plaats veroorzaakt door de hiervoor genoemde traditionele redenen met betrekking tot de functies van het aansprakelijkheidsrecht, de scheiding tussen het publiekrecht en het privaatrecht, en de rol van de overheid. Deze redenen kunnen enerzijds als onoverkomelijke bezwaren worden beschouwd, doch anderzijds bestaat voor elk van deze bezwaren wel een oplossing.

Daarnaast wordt de weerstand veroorzaakt door een ongefundeerd beeld van het Amerikaanse *punitive damages*-recht. Belangrijke lessen die kunnen worden getrokken uit de ruime Amerikaanse ervaring met de civiele sanctie zijn, onder meer, dat zij niet excessief wordt toegepast, noch qua aantal zaken noch qua hoogte van de bedragen, en in andere gevallen dan doorgaans wordt gedacht. Het voornaamste doel van dit boek was het verminderen van de onwetendheid en de,

mede hieruit voortkomende, weerstand die nog steeds het Europese *punitive damages*-debat beheerst. Dit maakt het mogelijk het debat op de juiste wijze te voeren.

Het is momenteel nog te vroeg om een concreet antwoord te geven op de vraag of de civiele sanctie *punitive damages* een toekomst heeft in continentaal Europa. Ondanks de toenemende belangstelling voor de sanctie, lijkt haar introductie door de nog steeds gevoelde weerstand anno 2014 geen haalbare kaart. De beslissing om *punitive damages* toe te wijzen is eerst en vooral een beleidskeuze. In ieder geval vraagt deze beslissing om een zorgvuldig afgewogen oordeel met betrekking tot de werking, reikwijdte en betekenis van de civiele sanctie in het Amerikaanse recht. Daarbij wordt verwezen naar de aanbevelingen gegeven in het concluderende hoofdstuk tien van dit boek. In specifiek bepaalde gevallen zou de *punitive damages*-sanctie, mits op redelijke wijze door de burgerlijke rechter toegepast, het bestaande privaatrechtelijke sanctiearsenaal in continentaal Europese rechtssystemen kunnen aanvullen. Wat betreft de gevallen waarin de sanctie een rol zou kunnen spelen, is aansluiting gezocht bij de eerdergenoemde populaire *punitive damages*-categorieën in het Amerikaanse recht. Het type normschending dat zich voornamelijk zal lenen voor toepassing van *punitive damages* is opzettelijk, calculerend en ernstig wangedrag (*intentional, calculative and grave misconduct*). Dit geldt zowel voor de situaties waarin privaatrechtelijke handhaving als aanvulling op publiekrechtelijke handhaving kan dienen, zoals in het mededingingsrecht, als voor de situaties waarin er vraag is naar steviger sancties binnen het privaatrecht.