

Punitive Damages in Nederland:
*een waardevolle aanvulling op het
Nederlandse aansprakelijkheidsrecht!*

Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten

Titel: Punitive Damages in Nederland: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht!

Ondertitel: Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten

Naam: Emely Torrico

ANR: 717901

Afstudeerrichting: Nederlands recht, accent privaatrecht

Examencommissie: Mr. N. Broeren & Mr. M.J. van Laarhoven

Afstudeerdatum: 30 januari 2009

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	4
INLEIDING	5
HOOFDSTUK 1: BEGRIPPENKADER & ONDERZOEKSVRAAG	7
§ 1.1 BEGRIPPENKADER EN FUNCTIES VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT	7
§ 1.2 ONDERZOEKSVRAAG	8
HOOFDSTUK 2: BESCHRIJVING VAN HET GELDENDE RECHT IN NEDERLAND	10
§ 2.1. GELDEND RECHT IN NEDERLAND	10
HOOFDSTUK 3: HET AMERIKAANSE RECHT: PUNITIVE DAMAGES	15
§ 3.1 HISTORISCH PERSPECTIEF	15
§ 3.2 DEFINITIE	16
§ 3.2.2 <i>Ter illustratie: preventieve werking</i>	18
§ 3.2.3 <i>Ter illustratie: handhaving</i>	19
§ 3.3 CRITERIA	20
HOOFDSTUK 4: PUNITIVE DAMAGES IN NEDERLAND?	24
§ 4.1 VERSCHILLEN EN OVEREENKOMSTEN TUSSEN HET NEDERLANDSE EN AMERIKAANSE SYSTEEM RONDOM ENERZIJD'S ARTIKEL 6:106 BW EN ANDERZIJD'S DE PUNITIVE DAMAGE	24
§ 4.2 VOOR- EN NADELEN VAN HET SYSTEEM VAN PUNITIVE DAMAGES ZOALS TOEGEPAST IN AMERIKA... ..	28
HOOFDSTUK 5: AANBEVELING: IS EEN DERGELIJK SYSTEEM HANTEERBAAR IN NEDERLAND?	32
§ 5.1 PUNITIVE DAMAGE: EEN WAARDEVOLLE AANVULLING OP HET NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT?	32
§ 5.2 AANBEVELING 1: AANPASSING VAN HET HUIDIGE ARTIKEL 6:106 BW	33
§ 5.3 AANBEVELING 2: NIEUW WETSARTIKEL; DE PRIVAATRECHTELIJKE BOETE	35
§ 5.4 BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAAG	38
HOOFDSTUK 6: CONCLUSIE	39
LITERATUURLIJST	44
JURISPRUDENTIE	46
KAMERSTUKKEN	47

Voorwoord

Hierbij presenteer ik u het afsluitende project van mijn studie Nederlands recht, accent Privaatrecht: mijn scriptie 'Punitive damages in Nederland: waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht!'. Een scriptie waar een lange weg aan vooraf is gegaan maar welke uiteindelijk, mede dankzij mijn twee afstudeerbegeleiders, binnen vijf maanden tot stand is gekomen. Daarvoor, en voor de prettige samenwerking wil ik mr. Broeren en mr. van Laarhoven hartelijk danken.

Zoals Hartlief in zijn rede 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?' duidelijk verwoordt: "In 'het Haagse' overheerst de angst voor uitwassen. De positieve kanten van het aansprakelijkheidsrecht in de sfeer van bevordering van preventie, veiligheid en kwaliteit dreigen daarmee onder te sneeuwen." Een essentieel onderdeel uit mijn scriptie welke ik ook in mijn voorwoord van toepassing acht. Laat je niet leiden door angst, niet wanneer het gaat om aanpassingen in het aansprakelijkheidsrecht om tot een verbetering van het systeem te komen, want angst kan een verblindende werking hebben. Zo ook op persoonlijk gebied, degenen die mijn angst wegnemen waardoor ik steeds de mogelijkheid krijg om mijn blik te verruimen wil ik dan ook graag bedanken. Natuurlijk mijn lieve familie die mij steeds gesteund hebben en af en toe het duwtje geven dat ik nodig heb en voor wie ik hoe dan ook 'de beste' ben, mijn vriendinnetjes die heel belangrijk zijn omdat wij elkaar steeds weer weten te motiveren op elk gebied, en niet te vergeten Lars wie ik bewonder en wie mij met zijn enthousiasme steeds aanzet tot het nemen van nieuwe stappen. Op naar een volgende fase in mijn leven, het studentenleven is voltooid verleden tijd!

Inleiding

Stelt u zich voor: u heeft, na een x aantal jaren sparen, een bedrag bij elkaar gespaard waarvan u eindelijk uw zo lang gewenste nieuwe auto kunt kopen. U gaat naar de autodealer, kiest daar een auto uit en gaat met een tevreden en blij gevoel weer naar huis. Wat u niet weet, en niet kan weten, is dat de fabrikant van deze auto een keuze heeft gemaakt waardoor uw leven in gevaar kan komen. Namelijk: uit botsproeven blijkt dat de motor bij botsingen achterop de auto in een behoorlijk aantal van de gevallen ontploft. De autofabrikant heeft besloten het risico te nemen en eventuele schadevergoedingen op de koop toe te nemen. Het herontwikkelen van de auto gaat de fabrikant teveel geld kosten.

Terug naar u, u rijdt al jaren prima in de betreffende auto en bent erg tevreden over het aangeschafte voertuig. Totdat er op de snelweg een auto achterop u rijdt en de motor ontploft. Uw leven is voor altijd veranderd. Naast schade aan uw auto, is een groot deel van uw lichaam verbrand en is een medepassagier om het leven gekomen. Niets in uw leven zal meer hetzelfde zijn. Wat zijn, in deze situatie, volgens het Nederlandse recht, de mogelijk stappen die u kunt ondernemen?

U kunt de autofabrikant, buiten een eventuele aanspraak op artikel 6:162 BW, aanspreken op grond van de regeling productaansprakelijkheid die neergelegd is in artikel 6:185 e.v.. Indien voldaan is aan de voorwaarden kunt u een schadevergoeding vorderen voor de geleden schade. Het betreft dan de schade aan het voertuig en de medische kosten die u als gevolg van het ongeval heeft gemaakt. Wellicht kunt u proberen om smartengeld te vorderen via artikel 6:106 lid 1 sub a BW. Er moet dan echter aangetoond worden dat de autofabrikant het oogmerk had om u de immateriële schade die u hebt opgelopen toe te brengen. Dat gaat u niet lukken, om het simpele feit dat de fabrikant dit oogmerk niet had. Op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b BW kunt u smartengeld vorderen op grond van uw opgelopen letselschade. De rechter is dan bevoegd om naar *billijkheid* een immateriële schadevergoeding toe te wijzen. Het doel hiervan is om u te compenseren in de geleden schade en daarnaast om uw geschokte rechtsgevoel te bevredigen¹, en geschokt dat bent u. Van belang is dat deze of ieder andere autofabrikant niet nogmaals de keuze maakt om levensgevaarlijke voertuigen op de markt te brengen. Preventie en handhaving, twee van de belangrijkste punten in mijn betoog over de invoering van de privaatrechtelijke boete in

¹ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982 p. 524

Nederland. Tijd om de discussie over een privaatrechtelijke boete in Nederland eens aan te wakkeren.

Hoofdstuk 1: Begrippenkader & onderzoeksvraag

§ 1.1 Begrippenkader en functies van het aansprakelijkheidsrecht

De discussie omtrent de privaatrechtelijke boete in Nederland staat al een aantal jaren op een laag pitje. In het vergaderjaar 1999-2000 zijn de laatste Kamervragen met betrekking tot de verruiming van immateriële schadevergoeding gesteld.² Dat terwijl er reden genoeg is om ons af te vragen waarom een verruiming van deze vergoeding niet tot stand komt. Zoals Hartlief in zijn diesrede³ op de universiteit van Maastricht aangeeft, wordt er de laatste decennia meer op een instrumentele manier naar het aansprakelijkheidsrecht gekeken, het aansprakelijkheidsrecht wordt steeds meer gezien als een gedragsbeïnvloedingsmechanisme. Een mogelijkheid om dit mechanisme ook daadwerkelijk in beweging te zetten is in de vorm van een privaatrechtelijke boete die op dit moment (nog) niet in Nederland bestaat. Daarbij is het van belang om goed voor ogen te houden wat de doelen van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op dit moment zijn. Laten we eerst terug gaan naar het oudvaderlandse en Romeinse recht. Van oudsher had aansprakelijkheid jegens de benadeelde meestal een gemengd karakter en vertoonde dat zowel straf- als schadevergoedingselementen. Het verschil tussen strafbaarheid en civielrechtelijke aansprakelijkheid heeft niet altijd bestaan, na een rechtsontwikkeling van eeuwen is het inzicht gegroeid dat dit onderscheid moet worden gemaakt.⁴ Wanneer we naar de huidige situatie kijken is het doel van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht niet zozeer het vergoeden van schade maar het aangeven en onderscheiden van gevallen waarin schade wél moet worden vergoed en gevallen waarin de schade niet moet worden vergoed. Er wordt uitgegaan van twee gezichtspunten waartussen een balans dient te worden gevonden: 'ieder draagt zijn eigen schade' en 'berokken een ander geen schade'.⁵ Deze afweging wordt gemaakt op basis van de maatschappelijke verhoudingen die op een bepaald moment in de samenleving aanwezig zijn. Daarnaast moet het privaatrecht tanden hebben om de rechten die het verleent daadwerkelijk betekenis te geven. Dat zou dan de kern van het

² Kamerstukken II 1999/00, 26630, nr. 2, p.7

³ T.Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB*, 22 april 2005 afl. 16.

⁴ A.S. Hartkamp, 'mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht 4 Verbintenissenrecht deel III, verbintenissen uit de wet', Deventer: Tjeenk Willink 1998 nr. 3

⁵ A.S. Hartkamp, 'mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht 4 Verbintenissenrecht deel III, verbintenissen uit de wet', Deventer: Tjeenk Willink 1998 nr. 12

aansprakelijkheidsrecht zijn: handhaving om inhoud te geven aan door het recht verleende rechten, aldus Hartlief⁶. Het is algemeen bekend dat het aansprakelijkheidsrecht een rol wordt toebedeeld in het kader van vergoeding en preventie.⁷ Sanctionering binnen het aansprakelijkheidsrecht van overtreding van regels en schending van rechten zou leiden tot bijstelling van gedrag, en daarmee bijdragen aan preventie en aan verhoging van veiligheid en kwaliteit.⁸ Dat de elementen handhaving en preventie al deels een plek hebben in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht blijkt onder meer uit de twee functies die artikel 6:106 BW heeft. Enerzijds dient de vergoeding van immateriële schade om het door de getroffen ondergane leed goed te maken, anderzijds kan het geschokte rechtsgevoel van de getroffen worden bevredigd doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd.⁹ Elementen van handhaving en preventie zijn dus te vinden in de doelstellingen en functies van het aansprakelijkheidsrecht. De vraag is of de werking van deze elementen voldoende benut wordt door de op dit moment bestaande remedies.

In Amerika bestaat er een systeem van punitive damages, de zogenaamde privaatrechtelijke boete. Een boete die wordt betaald aan het slachtoffer maar niet een vergoeding is voor de geleden schade. De definitie van de punitive damage luidt als volgt: een bedrag dat aan de eiser in een civiele zaak wegens onrechtmatig gedrag van de gedaagde bovenop de 'normale' schadevergoeding wordt toegewezen en dat strekt tot vergelding van het onrecht en tot preventie van toekomstig onrecht van de dader en anderen.¹⁰

Deze boete zou een preventieve werking moeten hebben en bijdragen aan handhaving van de geldende regels, maar is dit ook zo?

§ 1.2 Onderzoeksvraag

In dit onderzoek, zal ik zowel het Nederlandse als het Amerikaanse rechtssysteem omtrent (immateriële) schadevergoedingen door middel van binnen- en buitenlandse literatuur, op

⁶ T.Hartlief, 'Het recht op smartengeld: burgerwacht of schaamlap?', in: BW-krant Jaarboek, Doel en effect van civielrechtelijke sancties, Deventer: Kluwer 2003, p.121

⁷ Idem

⁸ T.Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB*, 22 april 2005 afl.16.

⁹ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982 p. 524

¹⁰ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 5

hoofdpijnen onderzoeken en vergelijken. Er zullen voor- en nadelen van dit systeem naar voren komen op basis waarvan ik zal beargumenteren of de privaatrechtelijke boete wel of niet moet worden toegepast in Nederland. De vraag is of de privaatrechtelijke boete mogelijk kan worden toegepast via artikel 6:106 BW.

De onderzoeksvraag die ik in dit onderzoek zal proberen te beantwoorden is de volgende: *Is het, geïnspireerd door de Amerikaanse rechtsfiguur punitive damage, aanbevelingswaardig om artikel 6:106 BW aan te passen, met als doel het verstevigen van handhaving en preventieve werking binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?*

In hoofdstuk 2 zal het Nederlandse recht aan bod komen, daarna zal in het derde hoofdstuk een beschrijving in hoofdpijnen volgen van het Amerikaanse recht rondom de punitive damage zoals deze op dit moment is vormgegeven. In hoofdstuk 4 zal een rechtsvergelijking gemaakt worden tussen deze twee verschillende mogelijkheden waarbij tevens de voor- en nadelen van beide systemen aan de orde zullen komen. Tot slot zal het onderzoek eindigen met een aanbeveling en conclusies.

Hoofdstuk 2: beschrijving van het geldende recht in Nederland

§ 2.1. Geldend recht in Nederland

De gezichtspunten ‘ieder draagt zijn eigen schade’ en ‘berokken een ander geen schade’ beheersen sinds eeuwen de vraag of schade vergoed moet worden door de ander.¹¹ Het gezichtspunt dat men een ander geen schade mag berokkenen prevaleert in de wetbepalingen waarin een bepaalde persoon aansprakelijk wordt gesteld voor de door een ander geleden schade. Een van de belangrijkste van deze bepalingen is artikel 6:162 BW, dat de dader van een onrechtmatige daad verplicht de door zijn gedraging aan een ander toegebrachte schade te vergoeden.¹² Dit artikel voorziet derhalve in de mogelijkheid om schade veroorzaakt door een onrechtmatige gedraging van een persoon te verhalen op deze persoon. Dat onrechtmatigheid een vereiste is voor aansprakelijkheid stemt overeen met de dagelijkse praktijk waarin iedereen continue de schadelijke gevolgen van andermans gedrag of bestaan ondervindt, zonder dat de schade vergoed wordt.¹³ Gedrag met negatieve gevolgen alleen kan niet leiden tot vergoeding van schade. Een voorbeeld dat Sieburgh in haar proefschrift gebruikt: wanneer twee personen bij eenzelfde bedrijf werken en de een bevalt beter dan de andere persoon, is dit vaak terug te voeren op het gedrag. Men zal het erover eens zijn dat degene die een verlenging van het contract krijgt aangeboden, de schade die de ander leidt doordat deze persoon op zoek moet naar een andere baan niet hoeft te vergoeden.¹⁴ Buiten de onrechtmatige gedraging dient tevens sprake te zijn van toerekenbaarheid van de daad aan de dader, er moet schade zijn ontstaan, er bestaat een causaal verband tussen de daad en de schade en er moet voldaan zijn aan het vereiste van relativiteit.

Een gedraging kan worden gekwalificeerd als onrechtmatig als er sprake is van een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt (lid 2, artikel 6:162 BW). Inbreuk op een recht kan worden aangemerkt als een inbreuk op een subjectief recht. Er wordt een onderscheid gemaakt in twee groepen, namelijk: absolute

¹¹ C. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 5

¹² A.S. Hartkamp, *‘mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht 4 Verbintenissenrecht deel III, verbintenissen uit de wet’*, Deventer: Tjeenk Willink 1998 nr. 17

¹³ C. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 26

¹⁴ Idem

vermogensrechten en persoonlijkheidsrechten.¹⁵ Wanneer we kijken naar handelen in strijd met een wettelijke plicht is het algemeen aanvaard dat in beginsel ieder handelen, doen of nalaten, in strijd met een wettelijke plicht onrechtmatig is.¹⁶ Vanaf 1919 is ook de maatschappelijke zorgvuldigheid mee gaan wegen bij de toepassing van de onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft zich daarover gebogen in het arrest Lindenbaum / Cohen.¹⁷ In dit arrest is de norm 'in strijd met de wet' opgerekt naar 'onrechtmatig'. Cohen heeft in deze casus de bediende van zijn concurrent Lindenbaum opgedragen de offertes die Lindenbaum aan zijn klanten heeft gedaan over te dragen aan Cohen. Zo was Cohen in staat de betreffende klanten te benaderen en onder de prijs van Lindenbaum te offreren. Het Hof achtte Cohen niet schuldig aan het onrechtmatig handelen in de zin van het oude Burgerlijk Wetboek, artikel 1401, men handelde slechts onrechtmatig wanneer men ook onwettmatig handelde. De Hoge Raad oordeelde echter anders, handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid kan ook aangemerkt worden als onrechtmatig. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek (1992) is de maatschappelijke zorgvuldigheid opgenomen in artikel 6:162 BW. Een onrechtmatige daad kan worden toegerekend op grond van schuld, de wet of in het verkeer geldende opvattingen, aldus lid 3 van artikel 6:162 BW. Deze ruimere opvatting geldt sinds 1992. Voor 1992 was het toerekenen aan een dader slechts mogelijk wanneer de dader verwijtbaar onrechtmatig gehandeld had.¹⁸ Toegevoegd in het nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn de toerekenbaarheid op grond van geldende verkeersopvattingen of de wet.

De eis van causaliteit wordt bij de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad ingevuld door het conditio sine qua non verband; zonder de ene gebeurtenis zou de andere gebeurtenis niet hebben plaatsgevonden. Met andere woorden, indien de onrechtmatige daad niet gepleegd zou zijn, zou de schade niet zijn opgetreden.

Het relativiteitsbeginsel is opgenomen in artikel 6:163 BW: de geschonden norm dient te strekken tot bescherming van de schade zoals de benadeelde deze geleden heeft. Een arrest waarin het relativiteitsvereiste duidelijk naar voren komt is het arrest Duwbak Linda.¹⁹

¹⁵ J.Spier & T. Hartlief & G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 31

¹⁶ J.Spier & T. Hartlief & G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 24

¹⁷ HR 31 januari 1919, (Lindenbaum/Cohen), NJ 1919, 161

¹⁸ C. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000, p. 32

¹⁹ HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281

Duwbak Linda voldoet niet aan de veiligheidsnormen maar desondanks is een certificaat verleend. Op het moment dat de duwbak kapseist en een derde daardoor schade lijdt, wordt de overheid aangesproken op aansprakelijkheid voor deze schade. Volgens de Hoge Raad wordt echter niet voldaan aan het relativiteitsvereiste omdat de overheid weliswaar verantwoordelijk is voor een veilig scheepvaartverkeer maar, dat puur de verstrekking van het certificaat niet kan leiden tot bescherming van derden voor eventueel op te lopen schade.

Bij de schade die optreedt door een onrechtmatige gedraging van een derde wordt er onderscheid gemaakt tussen materiële en immateriële schade. Volgens artikel 6:95 BW komen in aanmerking voor vergoeding: vermogensschade en ander nadeel. In het algemeen wordt er van uitgegaan dat schadevergoeding er primair op gericht is om de benadeelde compensatie te bieden voor het door hem geleden of nog te lijden nadeel.²⁰ Materiële schade, ook wel vermogensschade genoemd is duidelijk waardeerbaar op geld. Het feit dat dit bij immateriële schade niet het geval is maakt deze vorm van schadevergoeding een stuk gecompliceerder. In dit onderzoek zal 'ander nadeel' zoals artikel 6:95 BW dat formuleert, nader bekeken worden.

Het artikel waarin de wet voorziet in het recht op smartengeld, is artikel 6:106 BW. Naast artikel 6: 106 BW zijn er nog een aantal artikelen die voorzien in het recht op smartengeld (bijvoorbeeld artikel 7:510 BW, artikel 89 SV en artikel 106 Vreemdelingenwet). In mijn onderzoek zal ik mij slechts richten op het belangrijkste artikel omtrent de mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade, artikel 6:106 BW. Het bijzondere van smartengeld is dat door vergoeding in geld gepoogd wordt een compensatie te geven voor iets wat bij uitstek geen schade in het vermogen inhoudt.²¹ Artikel 6:106 lid 1 BW geeft een limitatieve opsomming van de gevallen waarin het recht op smartengeld kan worden toegekend. Dit is het geval wanneer de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen (sub a). Dit betreft een bijzonder geval omdat het oogmerk gericht moet zijn op het toebrengen van immaterieel nadeel.²² Met het oog op bevrediging van het geschokte rechtsgevoel zal onder omstandigheden, het feit dat de aangesprokene zich als doel had

²⁰ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48*, Deventer: Kluwer 1993, p. 61

²¹ J.Spier & T. Hartlief & G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 251

²² Idem

gesteld aan een ander dit ideële nadeel toe te brengen, rechtvaardigen dat aan de benadeelde een vergoeding daarvoor wordt toegekend.²³ Om voor vergoeding in aanmerking te komen moet de veroorzaker van de immateriële schade het oogmerk gehad hebben om dit nadeel ook daadwerkelijk te veroorzaken. Een voorbeeld waarin de Hoge Raad een immateriële schadevergoeding heeft toegekend op grond van dit artikel is het arrest Oogmerk, gewezen op 26 oktober 2001.²⁴ Het betreft in deze casus een echtpaar waarvan het huwelijk wordt ontbonden op 24 februari 1995. Op 18 februari doodt de vader het zevenjarige kind van partijen. Nadat de vader wegens doodslag is veroordeeld tot twaalf jaar gevangenisstraf en T.B.S heeft de moeder een vordering bij de rechtbank ingesteld ter vergoeding van de geleden immateriële schade. Zowel de Rechtbank als het Hof veroordelen de man tot vergoeding van de immateriële schade die de vrouw heeft geleden op grond van artikel 6:106 sub a. Ook de Hoge Raad verwerpt het beroep van de man omdat is aangetoond dat hij daadwerkelijk het oogmerk had om de vrouw immateriële schade toe te brengen door middel van het doden van het kind.

Sub b van artikel 6:106 BW voorziet in het oplopen van lichamelijk letsel, de aantasting van de eer of goede naam of op andere wijze aantasting van zijn persoon. Tot andere aantastingen in de persoon behoren bijvoorbeeld de inbreuk op iemands privacy, een aanranding die niet met lichamelijk letsel gepaard gaat, een schaking of een willekeurige aanhouding maar ook de inbreuk op een auteursrecht kan hieronder gerangschikt worden.²⁵ De Amsterdamse rechtbank²⁶ veroordeelde het roddelblad Weekend tot betaling van een immateriële schadevergoeding van € 4.000. De schadevergoeding werd toegewezen wegens de onrechtmatige inbreuk op het privéleven van Wouter Bos en zijn familie. Het roddelblad had eerder foto's uit de privé sfeer van het gezin geplaatst. Dit voorbeeld genomen kan men zich voorstellen dat er naast de vergoeding van de opgelopen immateriële schade, behoefte is aan een boete voor de veroorzaker. Een bestraffing die tevens ziet op de preventie van dergelijk gedrag en de handhaving van de geldende regels en normen en waarden. Met name in het geval van schending van het privacyrecht door de media zijn de normen en waarden ver te zoeken en is bestraffing, naast vergoeding van de geleden schade die men

²³ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 524-525

²⁴ HR 26 oktober 2001, NJ 2001, 216

²⁵ A.S. Hartkamp, 'mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht 4 Verbintenissenrecht deel I, verbintenissen in het algemeen, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 406

²⁶ Rechtbank Amsterdam 2 april 2008, LJN BC8392

terug vindt in sub b van artikel 6:106 BW, mijns inziens niet zo een slecht idee. Ook de wetgever waagt zich een klein beetje in deze richting. Gelet op artikel 6:106 lid 1 sub a BW, vinden we daar het element oogmerk in terug. Dit element verraadt een deels punitief karakter. Indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had immateriële schade toe te brengen, komt deze schade altijd voor vergoeding in aanmerking. Men denke aan het geval dat iemand eens anders, slechts geringe marktwaarde hebbende zaak vernielt met het oogmerk die ander te treffen in de grote affectieve waarde die de zaak voor deze had.²⁷ De gedachte die het element oogmerk in sub a oproept zou tevens in sub b van artikel 6:106 BW een aanvullende werking hebben. Wanneer men het gedrag van gedaagde een rol laat spelen zal de bestraffing van bijvoorbeeld privacyschending door de media uiteindelijk leiden tot hogere boetes en daarmee wellicht tot betere preventie en handhaving binnen het aansprakelijkheidsrecht. De vraag is of er dergelijke bestraffende elementen in ons privaatrechtelijke stelsel opgenomen moeten worden, behandel ik in navolgende hoofdstukken.

Volgens sub c heeft men tevens recht op schadevergoeding in de vorm van smartengeld, indien het nadeel is gelegen in de aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam.

²⁷ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 525

Hoofdstuk 3: Het Amerikaanse recht: Punitive Damages

§ 3.1 Historisch perspectief

De rechtsfiguur van de punitive damage vindt zijn oorsprong in het Engelse common law.²⁸ In 1784 is vermoedelijk de eerste Amerikaanse uitspraak gepubliceerd waarin de mogelijkheid van punitive damages wordt erkend.²⁹ Het gaat dan om de zaak *Genay v. Norris*. De eiser in deze zaak werd ziek na het drinken van een glas wijn welke een grote hoeveelheid Spaanse Vlieg bevatte. Spaanse vlieg is een middel dat wordt gebruikt om de lust op te wekken, de gedaagde had dit toegevoegd vanuit humoristisch oogpunt.³⁰ De dosering echter was buiten proportioneel waardoor de eiser in dit geding ernstig ziek werd. Pas in 1851 werden de punitive damages uitdrukkelijk erkend door het hooggerrechtshof in de zaak *Day v. Woodworth*.³¹ In de tijd tussen de uitspraak in 1784 (*Genay v. Norris*) en *Day v. Woodworth* bleef er verwarring ontstaan over het karakter van de punitive damage, enerzijds een vergoeding van immateriële schade en anderzijds een boete ter bestraffing en afschrikking.³²

Wanneer men vanuit historisch oogpunt kijkt naar de toepassing van de punitive damages dan wordt de punitive damage slechts bij bepaalde onrechtmatige daden toegepast: namelijk bij het schenden van de waardigheid van het slachtoffer of bij belediging of vernedering.³³ Wanneer we kijken naar de bovengenoemde zaken dan kunnen we concluderen dat in de loop der jaren de toepassing van deze rechtsfiguur zich heeft uitgebreid. De toepassing heeft zich echter wel beperkt tot onrechtmatige daden die: *'expressed a lack of respect for the victims similar to that expressed by an act of insult or humiliation'* aldus Colby in zijn onderzoek *'Past, Present and Future of Punitive Damages'*.³⁴ Voor dit soort onrechtmatige gedragingen is compensatie niet voldoende. Slachtoffers willen

²⁸ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 8

²⁹ Idem

³⁰ *Genay v. Norris*, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784)

³¹ *Day v. Woodworth* 54 U.S. (13 How.) 363 (1851)

³² A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 8

³³ T.B. Colby, 'Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, present and future of punitive damages, p. 37

³⁴ T.B. Colby, 'Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, present and future of punitive damages, p. 38

wraak.³⁵ Naast compensatie van de geleden schade, zoals we dit kennen in de reguliere schadevergoeding, is er een punitief element toegevoegd, een element dat tevens preventief dient te zijn. Het ontstaan en het voortbestaan van de punitive damage is te wijten, of te danken, aan een aantal factoren. Het gaat dan onder meer om de grote terughoudendheid van de rechter om in te grijpen in het oordeel van de jury en, ten tweede, de beperkte mogelijkheden in de common law omtrent immateriële schadevergoedingen.³⁶ Vroeger was het in de common law niet mogelijk om tot een schadevergoeding te komen wanneer er immateriële schade was geleden.³⁷ De punitive damage was een opvulling van deze leemte en is later blijven bestaan. Een argument vóór de invoering van punitive damages dat wellicht bruikbaar is in Nederland: de beperkte mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt omtrent de vergoeding van immateriële schadevergoeding is wellicht een opening in de discussie omtrent de privaatrechtelijke boete.

Daarnaast dient tevens vermeld te worden dat de punitive damage niet in elke staat van Amerika geldend recht is, in enkele staten is de maatregel ontoelaatbaar. Het betreft dan de staten Nebraska, Washington, New Hampshire, Louisiana en Massachusetts.³⁸

§ 3.2 Definitie

Het Amerikaanse rechtssysteem is, in zijn totaliteit, moeilijk te vergelijken met het Nederlandse rechtssysteem. De rechter in de Verenigde Staten heeft slechts een beperkte rol, dit in tegenstelling tot de Nederlandse rechter. Een van de oorzaken hiervan is het feit dat er in de Verenigde Staten recht gesproken wordt door middel van juryrechtspraak. Waar in Nederland de rechters recht spreken, gebeurt dat in de Verenigde Staten door de jury. De vergelijking die later in mijn onderzoek gemaakt zal worden zal dan ook slechts betrekking hebben op de figuur van punitive damages en de mogelijke privaatrechtelijke boete in ons Nederlandse systeem. In dit hoofdstuk zal aan bod komen datgene dat van belang is om te weten hoe het systeem van punitive damages in de Verenigde Staten in zijn werk gaat.

³⁵ T.B. Colby, 'Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, present and future of punitive damages', p. 38

³⁶ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48*, Deventer: Kluwer 1993, p. 6

³⁷ Idem

³⁸ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48*, Deventer: Kluwer 1993, p. 18

Het begrip 'punitive damages' wordt in het arrest *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*³⁹ uitgelegd als niet zijnde een vergoeding van de opgelopen schade van de eiser maar een middel om doelen als bestraffing en afschrikking te bereiken. In deze case vordert Curtis Campbell een punitive damage van zijn verzekeraar State Farm. Curtis Campbell veroorzaakt een ongeluk waarbij twee andere voertuigen betrokken raken. Eén persoon komt om het leven en een andere persoon raakt zwaar gewond. Ondanks het feit dat Campbell aansprakelijk is, weigert de verzekeraar te schikken en de limiet van 50.000 dollar waar de 83-jarige Curtis Campbell voor is verzekerd aan te bieden en stapt naar de rechtbank. Hij verzekerde de familie Campbell dat hen geen verwijt kon worden gemaakt, dat State Farm ze bij zou staan en dat ze geen advocaat nodig zouden hebben. Curtis Campbell wordt veroordeeld wegens nalatigheid en krijgt een tweeledige boete opgelegd van 135.000 dollar en ruim 50.000 dollar. Uiteindelijk betaalt de verzekeringsmaatschappij alsnog. Curtis Campbell acht het echter noodzakelijk om een vordering in te stellen tegen State Farm wegens het zijn van te kwader trouw, fraude en het met opzet toebrengen van emotionele stress. Er werd bewezen dat het beleid van de verzekeraar leidde tot bedrog en oplichting van verzekerden. In deze zaak is het duidelijk dat het echt gaat om bestraffing en afschrikking, handhaving en preventie. Het betreft niet zozeer het compenseren van de geleden schade, behalve de emotionele stress die Campbell heeft doorstaan is er geen schade opgetreden. Het bedrog en de oplichting waartoe de verzekeraar is veroordeeld leidt tot de toekenning van een punitive damage. Het doel hiervan is om te voorkomen dat het bedrijf de betreffende handelingen voortzet en tevens de preventieve werking naar andere verzekeringsmaatschappijen toe.

De oorsprong van deze rechtsfiguur is, zoals eerder genoemd, te vinden in het achttiende-eeuwse Engeland. Toen vonden punitive damages uitdrukkelijk erkenning in de common law als onderdeel van de vergoeding van immateriële schade, met name wegens belediging.⁴⁰ In dit onderzoek zal slechts een vergelijking gemaakt worden met de punitive damage zoals deze in de Verenigde Staten wordt toegepast, het Engelse common law zal dan ook niet aan de orde komen.

³⁹ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. V. Campbell*, 538 U.S. 408, 417 (2003)

⁴⁰ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48*, Deventer: Kluwer 1993, p. 5

In Nederlandse termen kan de punitive damage worden uitgelegd als een privaatrechtelijke boete, opgelegd in het civiele recht, dat zowel een element van vergelding als een punitief, en tevens preventief, element bevat. In het Nederlands recht is de privaatrechtelijke boete als zodanig niet opgenomen in de wet.

§ 3.2.2 Ter illustratie: preventieve werking

Een Ford Pinto wordt geraakt door een achterop komende auto en vat hierdoor direct vlam. De bestuurder mevrouw Gray verbrandt dodelijk en haar medepassagier, de dertienjarige Richard Grimshaw loopt ernstige brandwonden op in het gezicht en over zijn gehele lichaam. De nabestaanden van mevrouw Gray en Richard Grimshaw klagen Ford Motor Company aan. Een case waarin het preventieve element van schadevergoedingen c.q. punitive damages duidelijk zichtbaar wordt, is deze zogenaamde Ford Pinto affaire⁴¹ welke heeft plaatsgevonden in 1981 in Amerika.⁴² Ford introduceerde in 1970 een nieuw model, de Ford Pinto. Bij verschillende botsproeven bleek dat er regelmatig explosies van de benzinetank plaatsvonden. Na constatering van dit gebrek is er een calculatie gemaakt van de kosten die eventueel gemaakt zouden moeten worden om dit gebrek te herstellen. Een afweging van enerzijds de kosten van het verbeteren van het model en anderzijds de kosten die zouden worden gemaakt voor de uitkering van schadevergoedingen aan slachtoffers en nabestaanden. De kans dat Ford schadevergoedingen zou gaan moeten uitkeren had an sich een preventieve werking. Het bedrijf maakte een afweging, alleen lagen de geschatte 49,5 miljoen dollar aanzienlijk lager dan de investeringskosten van 137 miljoen dollar waardoor de preventieve werking van de baan was. Ford koos voor de laagste kostenpost, ongeacht de mensenlevens die dit zou gaan kosten. De overweging echter, toont aan dat er een preventieve werking uitging van de mogelijke verplichting tot schadevergoeding maar dat deze, in dit geval, niet tot uiting komt in de vorm van het maken van de ethisch juiste keuze. Toen het leed geleden was en de eerste slachtoffers waren gevallen door de gebrekkige ontwikkeling van de Ford Pinto werd er aan het eerste slachtoffer, Richard Grimshaw, naast een schadevergoeding \$ 2.516.000, een punitive damage van \$ 125.000.000 toegekend. Had

⁴¹ Grimshaw v. Ford Motor Co. (Ford Pinto), 174 Cal. Rptr. 348 (1981)

⁴² J. van Erp, 'Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen' in: *W. van Boom, I. Giesen en A. Verheij (red), Gedrag en Privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, hoofdstuk 7, p. 3

Ford dit bedrag meegenomen in haar afweging dan was de preventieve werking wellicht wél tot uiting gekomen en was de benzinetank mogelijk aangepast.⁴³ Uit deze casus kan de denkwijze van een potentiële schadeveroorzaker gedestilleerd worden; hieruit kan worden opgemaakt dat de punitive damage daadwerkelijk een (in ieder geval preventieve) meerwaarde, of aanvullende werking heeft ten opzichte van de schadevergoeding.

§ 3.2.3 Ter illustratie: handhaving

Handhaving is in het Nederlandse recht meer typerend voor het strafrecht dan dat het is voor het privaatrecht. Echter men kan stellen dat het wenselijk is dat bepaald gedrag binnen civielrechtelijke normen dient te blijven en dat daarvoor wel degelijk ook een element van handhaving voor nodig is in het Nederlandse privaatrecht. Handhaving geschiedt op vele wijzen en gebieden. Laten we ons richten op handhaving binnen het privaatrecht. Hartlief spreekt over twee perspectieven: het ex post-perspectief en het ex ante-perspectief. In het privaatrecht overheerst duidelijk het eerste: het biedt vooral een arsenaal aan mogelijkheden als het mis gaat (vernietiging, ontbinding, schadevergoeding). Met deze sancties achteraf is echter nog niet gewaarborgd dat van tevoren van onwenselijk gedrag wordt afgezien.⁴⁴ De punitive damage zoals wij deze in de Verenigde Staten kennen heeft een meer handhavende werking. Wanneer naast de schadevergoeding tevens een boete opgelegd kan worden dan is dat wellicht een positieve aanvulling ter ondersteuning van de handhaving in het Nederlandse privaatrecht. Een voorbeeld dat eerder aan de orde is geweest en dat ook Hartlief in zijn artikel naar voren brengt is de Nederlandse pers. Er bestaat geen extra prikkel (meer) wanneer het gaat om het plaatsen van privacy gevoelige informatie, dan wel foto's in de privé sfeer. Een rectificatie is snel geplaatst en ook de schadevergoedingen die in enkele gevallen opgelegd worden zijn niet zodanig hoog dat er een handhavende werking vanuit gaat. Een voorbeeld dat genoemd kan worden in deze categorie zijn bijvoorbeeld de foto's die van prinses Maxima samen met haar kinderen zijn genomen op het strand in Wassenaar. De rechter oordeelt dat het privacy belang hier

⁴³ J. van Erp, 'Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen' in: *W. van Boom, I. Giesen en A. Verheij (red), Gedrag en Privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, hoofdstuk 7, p. 3

⁴⁴ T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?' in: *WPNR 2008, 6772*

zwaarder weegt dan het recht op vrije meningsuiting.⁴⁵ Nadat een rectificatie is geplaatst legt de Rechtbank in Amsterdam een immateriële schadevergoeding op van € 3.000. De geschiedenis zal zich herhalen en wanneer de mogelijkheid zich voordoet zullen er onophoudelijk privacybelangen geschonden worden.

§ 3.3 Criteria

Zoals in paragraaf 2.1 beschreven worden punitive damages vanuit historisch oogpunt slechts toegekend wanneer het gaat om schending van de waardigheid van het slachtoffer of bij belediging of vernedering. Meer specifiek gaat het dan onder meer om de volgende gevallen: toekenning kan plaatsvinden wanneer de persoonlijke rechten van het slachtoffer zijn geschonden, bijvoorbeeld doodslag, mishandeling of wederrechtelijke vrijheidsberoving.⁴⁶ Een tweede soort geval waarin de punitive damages kan worden toegekend zijn verschillende vormen van belediging en ook bij schending van het privacyrecht is het mogelijk om een punitive damage toe te kennen.⁴⁷ Het is van belang dat juist in dergelijke zaken ook in Nederland wordt gekeken of een punitief element in het aansprakelijkheidsrecht noodzakelijk is. Het vergoeden van slechts de geleden schade is juist in dit soort zaken niet volledig bevredigend.

Een van de grondslagen voor de toekenning van punitive damage is het gedrag. Alle staten kennen verschillende beschrijvingen wanneer het gaat om de aard van het gedrag van de gedaagde. Deze omschrijvingen kunnen echter teruggebracht worden naar twee typen gedrag. De eerste bestaat uit het opzettelijk schade toebrengen van de eiser en bij de tweede variant wordt er genoeg genomen met het feit dat de dader de aanmerkelijke kans dat uit zijn gedrag schade zou voortvloeien, bewust of roekeloos heeft veronachtzaamd.⁴⁸

Of de rechtsfiguur punitive damages wordt toegepast in een bepaalde zaak is aan de rechter. De rechter beoordeelt of een dergelijke zaak geschikt is voor de toepassing van punitive damages. De jury bepaalt vervolgens of er een punitive damage wordt toegekend en bepaalt

⁴⁵ Rechtbank Amsterdam 6 februari 2008, LJN BC3781

⁴⁶ A .T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48*, Deventer: Kluwer 1993, p. 16

⁴⁷ Idem

⁴⁸ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48*, Deventer: Kluwer 1993, p. 20

tevens de hoogte van de toe te kennen vergoeding. De jury ontvangt over het bepalen van de hoogte van de vergoeding slechts een algemene instructie. Daarin wordt vaak als uitgangspunt genomen dat de toe te kennen vergoeding de juiste omvang moet hebben om de haar toegedichte doeleinden van vergelding en preventie te kunnen vervullen.⁴⁹ De hoogte van de punitive damages in de Verenigde Staten wordt bepaald door de laakbaarheid van het gedrag van gedaagde, de hoogte van de actuele en redelijkerwijs in de toekomst nog te lijden schade en de financiële toestand van de gedaagde.⁵⁰ Bij de vaststelling van de hoogte van de punitive damage kan gebruik gemaakt worden van criteria zoals deze zijn vastgesteld in het arrest *Pacific Mutual Life Ons. Co v. Haslip* in 1991, de zogenaamde Hammond criteria.⁵¹ In deze zaak klaagt mevrouw Haslip samen met een aantal medewerkers de verzekeringsmaatschappij en een van zijn medewerkers aan omdat deze betreffende persoon de premies van de medewerkers heeft verduisterd en de ziektekostenverzekeringen, zonder medeweten van de personen in kwestie, heeft stopgezet. Mevrouw Haslip komt hier achter op het moment dat zij medische zorg nodig heeft. De criteria die in dit arrest gevormd zijn bestaan uit een zevental aandachtspunten:

1. De vraag of er een redelijk verband bestaat met de daadwerkelijk veroorzaakte schade;
2. De mate van laakbaarheid van de gedraging van de gedaagde, de duur van dit gedrag, het bewustzijn van gedaagde ten aanzien van diens gedraging, het trachten te verzwijgen van diens gedraging en het eerder bestaan en de frequentie van een soortgelijke gedraging;
3. Het profijt dat gedaagde van diens gedrag had en de wenselijkheid dit voordeel van gedaagde af te nemen en eventueel verlies toe te brengen;
4. De financiële positie van gedaagde;
5. Alle kosten van het rechtsgeding;
6. Of reeds straf is opgelegd aan gedaagde voor diens gedraging;

⁴⁹ A .T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48*, Deventer: Kluwer 1993, p. 26

⁵⁰ E.H. Hulst, 'De les van Exxon Valdez: 'Punitive Damages'corrigeren fout gedrag toch niet', *Tijdschrift voor milieuschade en aansprakelijkheidsrecht*, TMA: 2004, p. 200

⁵¹ *Pacific Mutual Life Ons. Co v. Haslip*, 4999 U.S. 1 (1999)

7. Of gedaagde al voor hetzelfde gedrag veroordeeld is, dit als matiging van de hoogte van de punitive damages.⁵²

In een andere zaak, de Exxon Valdez zaak⁵³, welke speelde in 2004, is er ook sprake van een punitive damage die wordt opgelegd. Een alcoholistische kapitein aan het roer van de Exxon Valdez loopt uit op een van de grootste milieurampen aller tijden. De kapitein is aan het roer gesteld door Exxon ondanks dat deze bekend was met het drankprobleem van Kapitein Hazelwood. De schoonmaakwerkzaamheden met betrekking tot deze ramp is ongekend geweest. Naar schatting hebben honderdduizenden dieren de ramp niet overleefd, ook miljoenen vissen, waaronder haring en zalm, vonden de dood.⁵⁴ In 2004 werd Exxon door het United States District Court for the District of Alaska veroordeeld tot de betaling van 4,5 miljard dollar aan gedupeerde vissers.⁵⁵ In deze zaak werden een aantal punten nader bekeken bij de vaststelling van de hoogte van de punitive damages namelijk:

- De aard van de schade;
- De roekeloosheid van de gedraging met betrekking tot de gezondheid en veiligheid van anderen;
- Financieel kwetsbare doelen;
- Herhaald onzorgvuldig gedrag of enkel een incident;
- Opzet of enkel schuld aan de schade.⁵⁶

Deze gezichtspunten komen min of meer overeen met de zogenaamde Hammond criteria. Aan de hand van deze twee zaken kan worden geconcludeerd dat de nadruk bij het vaststellen van de punitive damage ligt op de aard van de schade, mate van de roekeloosheid van de dader en of het gaat om een enkele gedraging of om herhaald roekeloos gedrag.

Aan de hand van het gedrag van de gedaagde bepaalt de rechter of de rechtsfiguur punitive damage toepasbaar is. De jury bepaalt de hoogte van de toe te kennen 'damage' en doet dit middels bovenstaande criteria.

Vastgesteld kan worden dat de punitive damage historisch gezien wordt opgelegd in gevallen waarbij de waardigheid van het slachtoffer in de vorm van belediging en

⁵² E.H. Hulst, 'De les van Exxon Valdez: 'Punitive Damages' corrigeren fout gedrag toch niet', *Tijdschrift voor milieuschade en aansprakelijkheidsrecht*, TMA: 2004, p. 200

⁵³ Exxon Valdez, A89-0095CV (HRH)

⁵⁴ E.H. Hulst, 'De les van Exxon Valdez: 'Punitive Damages' corrigeren fout gedrag toch niet', *Tijdschrift voor milieuschade en aansprakelijkheidsrecht*, TMA: 2004, p. 199

⁵⁵ Idem

⁵⁶ E.H. Hulst, 'De les van Exxon Valdez: 'Punitive Damages' corrigeren fout gedrag toch niet', *Tijdschrift voor milieuschade en aansprakelijkheidsrecht*, TMA: 2004, p. 201

vernedering in het geding is. De conclusie na het bekijken van een aantal cases is echter andersluidend: de boete wordt tevens opgelegd wanneer het gaat om het bewust (immateriële) schade veroorzaken. Bijvoorbeeld in de zaak Ford Pinto. Er wordt uitgegaan van een preventieve en handhavende werking van de punitive damage. Het is van belang te bepalen of deze twee elementen thuishoren en daarnaast een aanvullende werking hebben in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Criteria die van belang zijn bij de toekenning van en de vaststelling van de hoogte van een punitive damage in de Verenigde Staten zijn onder andere de aard van de schade, de mate van roekeloosheid van de gedraging, of het gaat om slechts één gedraging of een herhaling van steeds hetzelfde roekeloze gedrag. De waarde die aan dergelijke elementen wordt toegekend is van belang bij het toekennen van een punitive damage.

Dat het verstevigen van de preventie en handhavende werking in Nederland een positieve aanvullende werking heeft op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht mag als vanzelfsprekend worden beschouwd. Is het echter ook te realiseren door middel van de toegankelijker criteria die in de Verenigde Staten worden gehanteerd? Hoofdstuk 4 zal ingaan op de overeenkomsten en verschillen tussen de Nederlandse en Amerikaanse systeem rondom artikel 6:106 en de punitive damage.

Hoofdstuk 4: Punitive damages in Nederland?

§ 4.1 Verschillen en overeenkomsten tussen het Nederlandse en Amerikaanse systeem rondom enerzijds artikel 6:106 BW en anderzijds de punitive damage

In het civiele recht bestaat, naast de belangrijke onrechtmatigedaadsactie, artikel 6:106 BW. Lid 1 sub a van dit artikel ziet erop toe dat indien de veroorzaker het oogmerk had immateriële schade toe te brengen er, naast eventuele schadevergoeding, tevens smartengeld kan worden toegewezen. Een eerste verschil met de Verenigde Staten is dat er in Nederland de mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade slechts bestaat in het geval van artikel 6:106 BW, waarvoor, in het eerste lid sub a, oogmerk vereist is. Een strenge eis, waarbij in het geval van immateriële schade de veroorzaker ook daadwerkelijk de bewuste keuze maakt om die immateriële schade toe te brengen. De punitive damage daarentegen, geeft in Amerika de mogelijkheid tot een extra vordering bovenop de vergoeding voor de geleden schade. Het grote verschil is dat een punitive damage andere, toegankelijke, criteria hanteert voor de toekenning dan artikel 6:106 BW. Criteria die meer houvast bieden wanneer het gaat om de versteviging van preventie en handhaving. De mogelijkheid tot een punitive damage bestaat wanneer slechts vergoeding van de geleden schade onvoldoende is om af te schrikken en genoegdoening te verkrijgen.⁵⁷ Indien het geval zich leent voor een punitive damage, bepaalt de jury of deze wordt toegekend en bepaalt de hoogte van de punitive damage. Voorbeelden zoals de Exxon Valdez zaak⁵⁸ en de Hammond criteria⁵⁹ bieden duidelijke uitgangspunten voor het bepalen van de hoogte van een punitive damage. Het gaat dan steeds om de aard van de schade, gaat het om herhaald gedrag, de financiële positie van de gedaagde, is er opzet of schuld aan de schade. Een overeenkomst op dit gebied is dat min of meer dezelfde criteria in Nederland gebruikt worden bij het toekennen van een schadevergoeding 'naar billijkheid' op grond van artikel 6:106 BW: de rechter houdt rekening met alle omstandigheden van het geval, onder meer de schuldvraag en de economische omstandigheid van partijen.⁶⁰

⁵⁷ F. Parisi & M. Cenini, 'Punitive damages and Class actions', University of Minnesota law school, Legal studies research paper series, Research paper no. 08-38, p. 1

⁵⁸ United States District Court of Alaska, Exxon Valdez, A89-0095CV (HRH)

⁵⁹ Pacific Mutual Life Ons. Co v. Haslip, 4999 U.S. 1 (1999)

⁶⁰ A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. 4 Deel I. Verbintenissen in het algemeen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 438

Ten tweede is ook het *doel* van de actie verschillend. In Nederland biedt artikel 6:106 BW slechts vergoeding voor niet vermogensschade, er ligt geen diepere betekenis in de vorm van preventie of handhavende werking in het artikel. De vergoeding van de opgelopen (immateriële) schade staat centraal. De bepaling strekt er in het bijzonder toe, blijkens de parlementaire geschiedenis, het geschokte rechtsgevoel te bevredigen.⁶¹ Bij de punitive damage in de Verenigde Staten daarentegen is de werking van deze maatregel gericht op een preventieve en handhavende werking. Men doelt bij de punitive damage op bestraffing voor datgene wat hij de andere, private, individuele persoon heeft aangedaan.⁶² Let op, het gaat hier niet om publieke schade, hiermee onderscheidt de punitive damage zich van een strafrechtelijke sanctie. Artikel 6:106 BW voorziet in de vergoeding van immateriële schade, elk nadeel, voor zover dat niet het vermogen vermindert, kan in principe aangemerkt worden als immateriële schade. De beperking van de vergoedbaarheid is gelegen in het artikel waaruit blijkt dat de rechter slechts over zal gaan tot vergoeding van deze schade indien daar 'naar billijkheid' aanleiding voor bestaat.⁶³ Dit artikel is dus niet van poenale aard maar strekt tot vergoeding van de geleden schade. Toch wijst het element oogmerk in artikel: 6:106 lid 1 sub a BW desalniettemin naar het uitgangspunt van de dader, niet naar die van het slachtoffer. Daarmee is terstond de eerste overeenkomst tussen artikel 6:106 lid 1 sub a BW en de punitive damage een feit. Het is echter van belang te achterhalen of de wetgever een bedoeling heeft met het opnemen van het element oogmerk in het artikel. Het is namelijk niet uitgesloten dat ook onze wetgever het doel heeft om met dit oogmerk de elementen preventie en handhaving een rol te geven in het civiele recht. Echter uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de bepaling ertoe strekt om het geschokte rechtsgevoel te bevredigen en ten tweede genoegdoening door vergoeding van het ondergane leed.⁶⁴ Daarnaast wijst de parlementaire geschiedenis wel degelijk op het gedrag van de dader, het ontwerp bepaalt dat met *alle* omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden. De rechter zal zich dus niet slechts hebben af te vragen hoe zwaar

⁶¹ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 524

⁶² T.B. Colby, 'Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams: the past, present and future of punitive damages, the George Washington University Law School, Public law and legal theory working paper no. 415, legal studies research paper no.415. p.56

⁶³ J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, Tekst & Commentaar Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer: Kluwer 1990 p. 524

⁶⁴ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 524

het slachtoffer getroffen is; hij zal ook de aard van de aan gedaagde verweten gedraging in zijn onderzoek hebben te betrekken.⁶⁵

Een derde verschil vindt men wanneer wordt gekeken naar de *toepassing* van beide maatregelen. Artikel 6:106 lid 1 sub a BW vindt slechts toepassing indien er sprake is van immaterieel nadeel, ook wel niet vermogensschade genoemd. Dit kan bestaan uit gederfd levensgenot, doorstane pijn, ontsiering van het lichaam of de aantasting van de eer en goede naam.⁶⁶ De punitive damage daarentegen kent deze beperking tot het immateriële leed niet, en is van toepassing op zowel gevallen waarbij immateriële schade is ontstaan maar ook in gevallen waarbij het gaat om materiële schade.⁶⁷

Een vierde verschil tussen Nederland en de Verenigde Staten is de manier waarop recht wordt gesproken, in Nederland door de rechter, in de Verenigde Staten door een jury. Juryrechtspraak lijkt vaak te leiden tot hoge schadevergoedingen en punitive damages, wat ons brengt naar een ander, veel omstreden, verschil tussen de punitive damage en artikel 6:106 BW, namelijk de *hoogte* van de vergoedingen die worden toegewezen. Het zal niet de eerste keer zijn dat een wetsvoorstel in de richting van een privaatrechtelijke boete kopje onder gaat door de angst voor Amerikaanse toestanden. Het is daarom van belang in dit betoog aan te tonen dat deze angst niet terecht is. Een vergelijking: in artikel 6:106 BW is een zogenaamde 'begrenzing' opgenomen: een vergoeding wordt naar *billijkheid* toegekend. De rechter kan rekening houden met alle omstandigheden van het geval.⁶⁸ Dit blijkt ook wel uit de hoogte van de toegekende bedragen op grond van dit artikel. Men neme bijvoorbeeld het arrest dat aan de orde is geweest ter illustratie van artikel 6:106 lid 1 sub a BW in hoofdstuk 1, het oogmerk arrest.⁶⁹ In dit arrest is de gedaagde veroordeeld tot het betalen van een immateriële schadevergoeding aan zijn voormalige echtgenote omdat hij het oogmerk had de vrouw immateriële schade toe te brengen door het vermoorden van hun gezamenlijke kind. Het Hof heeft de vordering van fl.100.000 die de vrouw heeft ingesteld toegewezen. Het beroep van de man is door de Hoge Raad verworpen, waarmee dus een

⁶⁵ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 524

⁶⁶ Idem

⁶⁷ F.C. Schirmeister, 'Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?', in: BW-krant Jaarboek, Doel en effect van civielrechtelijke sancties, Deventer: Kluwer 2003, p.155

⁶⁸ A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. 4 Deel I. Verbintenissen in het algemeen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 438

⁶⁹ HR 26 oktober 2001, NJ 2001, 216

immateriële schadevergoeding van fl.100.000 betaald dient te worden. In vergelijking met deze illustratie van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht heeft de punitive damage de reputatie dat er torenhoge vergoedingen worden toegekend. Een voorbeeld dat in paragraaf 3.2.2 aan de orde is gekomen en deze reputatie min of meer bevestigt, is de Ford Pinto case waarbij een punitive damage van \$125.000.000 wordt toegewezen. Een ander voorbeeld is de zogenaamde Mc Donald's Coffee case⁷⁰ een case die zijn bekendheid te danken heeft aan de enorme vergoeding die wordt toegekend. In deze zaak morst mevrouw Liebeck in haar auto koffie over haar schoot en loopt daarbij derdegraads brandwonden op over 6% van haar lichaam. Mevrouw Liebeck klaagt de leverancier van de koffie aan omdat deze te heet zou worden geserveerd en geen enkele waarschuwing voor de hoge temperatuur wordt gegeven. De jury kent in eerste instantie (naast de vergoeding van de opgelopen materiële schade) een punitive damage van \$2.700.000 toe. In een later stadium wordt dit bedrag door de rechter gematigd naar \$480.000. Na vergelijking met het Nederlandse Oogmerk arrest kan worden vastgesteld dat de vergoeding aanzienlijk lager ligt dan in de Mc Donald's Coffee Case, zeker als we letten op de aard van de zaak. \$480.000 voor opgelopen brandwonden door het morsen van koffie ten opzichte van fl.100.000 voor het doden van een kind met het oogmerk immateriële schade toe te brengen. Zoals Hartlief in zijn rede 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?' duidelijk verwoordt: "In 'het Haagse' overheerst de angst voor uitwassen. De positieve kanten van het aansprakelijkheidsrecht in de sfeer van bevordering van preventie, veiligheid en kwaliteit dreigen daarmee onder te sneeuwen."⁷¹

Blijkens de verschillen en overeenkomsten tussen de punitive damage en artikel 6:106 lid 1 sub a BW kan er gesproken worden van enerzijds twee zeer van elkaar verschillende maatregelen met een belangrijke overeenkomst. De wetgever kan zichzelf weleens verraden hebben met het element oogmerk in het betreffende artikel. Dit duidt enigszins op het doel van de dader en niet op de schade die het slachtoffer geleden heeft. Het ontwerp van artikel

⁷⁰ Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. Aug. 18, 1994)

⁷¹ T.Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB*, 22 april 2005 afl. 16.

6:106 BW richt zich wel degelijk op de aard van het gedrag van gedaagde.⁷² Zijn preventie en handhaving dan toch een wens van de wetgever?

§ 4.2 Voor- en nadelen van het systeem van punitive damages zoals toegepast in Amerika.

Op dit punt aangekomen, is er enerzijds gekeken naar het Nederlandse systeem rondom schadevergoedingen, waarbij de nadruk is gelegd op artikel 6:106 BW. Anderzijds is uitgebreid stilgestaan bij de punitive damage zoals deze in de Verenigde Staten wordt toegepast. In deze paragraaf zullen de voor- en nadelen van de punitive damage onder de loep worden genomen met als doel te kunnen bepalen of een dergelijke maatregel een aanvulling zou zijn op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

De voordelen die zich zouden manifesteren bij de invoering van een maatregel gelijk aan de punitive damage zijn de toevoeging van elementen van preventieve werking en handhaving aan het civiele recht. De punitive damage wordt in de Verenigde Staten zeker niet met grote regelmaat toegewezen, zij worden met name opgelegd in gevallen van productaansprakelijkheid waarbij de fabrikant op de hoogte is van de gebreken van het betreffende product.⁷³ Hieruit kan tevens worden opgemaakt waarom er bij punitive damages vaak een hoog bedrag wordt toegekend. Het Amerikaanse rechtstelsel gaat, wanneer het gaat om de punitive damage, uit van preventie en handhaving. Dit betekent dat de bepaling van de hoogte van het uit te keren bedrag doorslaggevend is. Van belang is de financiële positie van de dader. Zoals Schirmeister in zijn bijdrage zegt: "Het is duidelijk dat de waarde van de dollar niet voor iedereen gelijk is. Voor een arme dader telt iedere dollar, terwijl voor de rijke dader dit pas bij grotere bedragen het geval is." De hoogte van het bedrag is cruciaal bij de preventieve en handhavende werking. De hoogte van een opgelegde damage moet dus niet als nadeel gezien worden maar als noodzaak voor de werking van belangrijke elementen van preventie en handhaving. Daarnaast is het van belang te onderkennen dat de preventieve werking en handhaving in Nederland met name ook van belang is bij productaansprakelijkheid (artikel 6:185 e.v.) en de aantasting van personen door middel van bijvoorbeeld het privacyrecht (artikel 6:106 lid 1 sub b) en dat dus ook hier

⁷² M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 524

⁷³ F.C. Schirmeister, 'Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?', in: BW-krant Jaarboek, Doel en effect van civielrechtelijke sancties, Deventer: Kluwer 2003, p.146

tevens het gedrag van gedaagde een rol moet spelen om te komen tot een vermindering van onrechtmatig gedrag.

Een tweede voordeel dat genoemd kan worden als argument voor de invoering van de punitive damage is het extra vangnet dat gecreëerd wordt ten aanzien van het strafrecht. De discussie in de literatuur heeft zich eerder gericht op mogelijke strijd met de double jeopardy of wel het ne bis in idem beginsel. Men kan niet tweemaal voor hetzelfde gestraft worden. De beredenering in dezen is als volgt: iedere straf is voor een afzonderlijk juridisch onrecht, de strafrechtelijke straf voor het publieke onrecht tegen de maatschappij, de civiele straf voor het private onrecht tegen de eiser.⁷⁴ Een voorbeeld hiervan is het Nederlandse Oogmerk arrest dat is geweest, hierbij werd het met oogmerk toegebrachte immateriële schade bestraft met een schadevergoeding op grond van artikel 6:106 lid 1 sub a BW en werd tevens 12 jaar cel en T.B.S. opgelegd. Daarnaast zijn er echter veel strafbare feiten welke onbestraft blijven. De overheid is al op vele gebieden buiten het strafrecht actief om maatschappelijk onwenselijk gedrag aan te pakken, voorbeelden hiervan zijn de OPTA, de NMA en de bestuurlijke boete. Dus waarom niet ook het civiele recht gebruiken om ernstig maatschappelijk onzorgvuldig gedrag aan te pakken, aldus Schirmeister. Dreiging met punitive damages dwingt potentiële daders tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. Vanuit dat perspectief zijn punitive damages effectief en preventief.⁷⁵ Een extra mogelijkheid tot 'bestrafing' van de dader zal tot een bevredigender rechtsgevoel van de burger leiden.

Het grote nadeel dat aan de invoering van de punitive damage kleeft is de angst voor een claimcultuur zoals deze in de Verenigde Staten heerst. Men doelt dan op het aantal aanspraken op schadevergoedingen en de omvang van schadeclaims.⁷⁶ De discussie die jaren geleden in ons land woedde over de invoering van de privaatrechtelijke boete is uiteindelijk gestrand door de angst voor een Amerikaanse claimcultuur. De vraag is of dat deze angst terecht is. Er bestaan een aantal indicaties om aan te geven wat het aantal en de omvang van schadeclaims kan doen stijgen. In eerste instantie kijken we naar punten die van

⁷⁴ T.B. Colby, 'Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, present and future of punitive damages, p.25

⁷⁵ F.C. Schirmeister, 'Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?', in: BW-krant Jaarboek, Doel en effect van civielrechtelijke sancties, Deventer: Kluwer 2003, p.158

⁷⁶ Kamerstukken II 1998/99, 26630, nr. 1, p. 1

belang zijn bij een eventuele stijging van het aantal claims. Het gaat dan bijvoorbeeld om de beperkte sociale zekerheid in een land, en de mogelijkheid om een advocaat in te schakelen op basis van no cure no pay.⁷⁷ De sociaal economische reden van een slecht sociaal zekerheidsstelsel dwingt mensen op een andere manier zekerheid te verschaffen, daarnaast is de drempel om tot 'sueen' over te gaan door het no cure no pay stelsel laag. Hoe hoger het bedrag is dat wordt toegekend hoe hoger de beloning voor de advocaat. Twee belangrijke verschillen met de Nederlandse rechtsstaat: de sociale zekerheid in ons land is uitermate goed geregeld. Daarnaast is het in Nederland niet mogelijk om als advocaat op basis van no cure no pay te werken. De drempel om naar de rechter te stappen is in ons land, door twee simpele feiten, al een stuk groter. Een tweede punt waar de Nederlandse regering op doelt wanneer het gaat om de angst voor een claimcultuur is de hoogte van een claim. Een groot verschil met de Verenigde Staten is in dat geval dat er sprake is van juryrechtspraak en dat de hoogte van een schadevergoeding c.q. privaatrechtelijke boete in Nederland wordt bepaald door de rechter. In § 2.1 en § 3.2.3 zijn zaken aan bod gekomen (het oogmerk arrest en de zaak omtrent de foto's van prinses Maxima gemaakt in de privé sfeer) waarbij is aangetoond dat de schadevergoedingen die in het geval van immateriële schade aan de lage kant zijn, zeker in vergelijking met de Verenigde Staten, maar ook in vergelijking met een aantal Europese landen zoals Engeland en Duitsland.⁷⁸ De Nederlandse rechter kan gematigd worden genoemd, dit heeft zijn voordelen wanneer het gaat om het vaststellen van de hoogte van een schadevergoeding c.q. privaatrechtelijke boete. Zoals eerder genoemd is het wel van belang dat de privaatrechtelijke boete hoog genoeg is om een preventieve en handhavende werking te kunnen uitoefenen. Net zoals in Amerika heeft de Nederlandse rechter de bevoegdheid om een opgelegde boete te matigen op grond van artikel 6:109 BW en zijn in artikel 6:106 BW de woorden 'naar billijkheid' opgenomen, dit geeft de rechter de bevoegdheid om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, onder meer de schuldvraag en de economische omstandigheden van partijen.⁷⁹

Resumerend en daarbij de voor- en nadelen naast elkaar zettend kan geconcludeerd worden dat de privaatrechtelijke boete de overweging waard is. Belangrijke voordelen van een

⁷⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26630, nr. 1, p. 7

⁷⁸ Kamerstukken II 1999/00, 26630, nr. 2, p. 8

⁷⁹ A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. 4 Deel I. Verbintenissen in het algemeen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 438

dergelijke boete zijn de handhavende en preventieve werking die ook bij onze regering hoog in het vaandel staan. Dit blijkt uit de verschillende manieren die de wetgever heeft gecreëerd om ook buiten het strafrecht deze elementen een plaats te geven. Het gaat in dezen dan bijvoorbeeld om toezichthoudende instanties als de NMA en de OPTA en de bestuursrechtelijke boete. Een tweede voordeel dat de privaatrechtelijke boete met zich meebrengt is het zogenaamde extra vangnet dat hierdoor geschapen wordt. Zaken die door het OM, om welke reden dan ook, niet worden behandeld kunnen een 'tweede kans' krijgen in het civiele recht. Deze mogelijkheid zal het bevredigende rechtsgevoel onder de burger vergroten.

Het grote nadeel dat steeds opduikt bij de discussie over de invoering van de privaatrechtelijke boete is de toenemende claimcultuur in Nederland. Dit argument tegen de invoering kan eenvoudig weerlegd worden. Gevreesd wordt voor meer en hogere claims, een angst die mijns inziens niet is gerechtvaardigd. Het hoge aantal claims in de Verenigde Staten is grotendeels te wijten aan het systeem van no cure no pay, er is geen enkele barrière om naar de rechter te stappen, in elk geval geen financiële. De hoogte van de claims is toe te schrijven aan de juryrechtspraak, ook in de Verenigde Staten ziet men dat een dergelijke claim in een later stadium vaak gematigd wordt door een rechter. In Nederland is het de rechter die de hoogte van een boete bepaalt, zoals men nu al kan zien bij de verschillende rechtspraak over immateriële schadevergoedingen liggen de bedragen in Nederland aanzienlijk lager dan in Amerika. Wellicht is het wat pretentius om te denken dat de privaatrechtelijke boete zal zorgen voor een stijgende claimcultuur in ons land.

Hoofdstuk 5: Aanbeveling: Is een dergelijk systeem hanteerbaar in Nederland?

§ 5.1 Punitive damage: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?

Op dit punt aangekomen is het van belang om alle argumenten, voor en tegen, af te wegen en te komen tot een aanbeveling over de toepassing van punitive damages in Nederland. Als eerste wil ik de argumenten die pleiten voor de invoering van een privaatrechtelijke boete nogmaals benoemen. Het gaat dan om het versterken van de preventieve en handhavende werking in het aansprakelijkheidsrecht door middel van het toevoegen van de privaatrechtelijke boete in het civiele recht. Op dit moment is de preventieve werking en de handhavende werking bij artikelen zoals 6:162 BW, 6:106 BW en daarnaast de regeling productaansprakelijkheid van artikel 6:185 e.v. minimaal. Slechts in sub a van artikel 6:106 BW wordt het gedrag van gedaagde meegenomen. Terwijl juist de fabrikanten van producten en bijvoorbeeld de media bij de schending van het privacyrecht of het auteursrecht een extra 'stimulans' nodig lijken te hebben om binnen de maatschappelijk aanvaarde kaders te werken. Het extra vangnet is een tweede argument dat sterk de neiging geeft om een dergelijke boete in te voeren. Het positieve rechtsgevoel en de rechtszekerheid zijn van groot belang en hebben het de afgelopen jaren zwaar te verduren gehad. Met de invoering van een privaatrechtelijke boete kan de burger het gevoel krijgen de touwtjes in eigen hand te hebben. Daarbij wil ik benadrukken dat de angst voor een claimcultuur in Nederland mijns inziens onterecht is. De ontwikkeling van een claimcultuur hangt af van veel meer factoren dan alleen de invoering van de punitive damage. Het gaat dan onder meer over het no cure no pay systeem met betrekking tot de advocatuur, over juryrechtspraak en over het sociale zekerheidsstelsel. Een vergelijking met een totaal andere cultuur waar in de toekomst wellicht een sociologisch onderzoek uitkomst biedt. Gezien het feit dat het enige argument tegen de invoering van punitive damages in Nederland wordt weerlegd blijven er alleen nog argumenten over die pleiten vóór de invoering van deze remedie. De mogelijkheid om de werking van elementen van preventie en handhaving te versterken in ons privaatrecht kan niet zomaar in de wind worden geslagen. Door het extra vangnet dat gecreëerd wordt zal de rechtszekerheid toenemen en ook het geschokte rechtsgevoel van de burger zal met de komst van de punitive damage beter weggenomen kunnen worden, één van de doelen die de wetgever in zijn ontwerp centraal stelt. Dus naast

een toenemende positie van preventie en handhaving in het civiele recht ontstaan er nog meer positieve bijkomstigheden door de invoering van de privaatrechtelijke boete. Ik pleit er dan ook voor om de punitive damage in Nederland in te voeren, deze mening wordt gedeeld door deskundigen op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht, met name Hartlief, Bolt en Schirmeister geven hun mening duidelijk te kennen in eerder genoemde bijdragen. In de volgende paragrafen zal een aanbeveling volgen over op welke manier dit zou moeten plaatsvinden.

§ 5.2 Aanbeveling 1: Aanpassing van het huidige artikel 6:106 BW

De twee hoofdfuncties van artikel 6:106 BW zijn op dit moment: in de eerst plaats een bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van benadeelde en in de tweede plaats heeft artikel 6:106 BW de functie van het goedmaken van het door getroffene ondergane leed.⁸⁰ Enerzijds het element van genoegdoening en anderzijds het schadevergoedingselement. De elementen die centraal staan bij de punitive damage zijn preventie en handhaving. De aanbeveling om artikel 6:106 BW aan te passen zodat men op basis van dit artikel een privaatrechtelijke boete op kan leggen is gelegen in het vereiste dat lid 1, sub a van artikel 6:106 BW stelt: oogmerk. Gedacht is dan aan het feit dat de aangesprokene zich als doel had gesteld dit ideële nadeel aan een ander toe te brengen, bijvoorbeeld in de vorm van het vernielen van een zaak met grote affectieve waarde.⁸¹ Zoals in § 4.1 is geconstateerd heeft artikel 6:106 BW een uitzonderingspositie, het element oogmerk in sub a impliceert een beredenering vanuit de dader. Het is van belang dat de dader het *oogmerk* had de immateriële schade toe te brengen. Vanuit deze overeenkomst met de punitive damage zou de privaatrechtelijke boete in dit artikel ingebed kunnen worden. Om te zorgen dat de preventieve werking hoger wordt bij bijvoorbeeld de Nederlandse media is het element oogmerk van belang, het kan leiden, samen met de criteria zoals deze in de arresten *Pacific Mutual Life Ons. Co v. Haslip* en *Exxon Valdez* zijn geformuleerd tot hogere boetes waardoor de afweging van de media naar de andere, goede kant van de weegschaal slaat. De combinatie van artikel 6:106 lid 1 sub a en b BW met het element oogmerk, waardoor het gedrag van gedaagde centraal komt te staan en daarbij de criteria die in de Verenigde Staten

⁸⁰ J.M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 524

⁸¹ M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6', Deventer: Kluwer 1982, p. 525

worden toegepast om de hoogte van een privaatrechtelijke boete te bepalen zou leiden tot een versteviging van de handhaving en preventie in het aansprakelijkheidsrecht. Om in de sfeer van de bedoeling van de wetgever te blijven is het van belang dat het steeds om gevallen gaat waarin het rechtsgevoel van de benadeelde geschokt is. Daarbij mag, zoals gezegd, de aard van de gedraging van gedaagde een (belangrijke) rol spelen. Dat is het uitgangspunt dat genomen moet worden bij de beoordeling over de toepassing van een privaatrechtelijke boete via artikel 6:106 BW. Naast vergoeding van de schade welke opgelopen is kan een privaatrechtelijke boete worden opgelegd om zo een van de huidige functies van artikel 6:106 BW te versterken; het bevredigen van het geschokte rechtsgevoel. Wellicht dat het element oogmerk een aanpassing verdient om zo een groter bereik te creëren bij het zaaien van handhaving en preventie. Opzettelijk en het bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans dat immateriële schade in zal treden moet voldoende zijn om een privaatrechtelijke boete op te leggen. Ook de heer Zwitser pleit hiervoor, weliswaar vanuit een ander oogpunt (contractenrecht) maar zijn beredenering kan tevens toegepast worden op onze situatie: artikel 6:106 lid 1 sub a BW geeft geen regel voor aansprakelijkheid, in de zin dat een gedraging pas onrechtmatig is wanneer deze met opzet is verricht, maar geeft een regel voor causaliteit, inhoudend dat immateriële schade slechts dan als redelijkerwijs te verwachten gevolg in redelijkheid aan de dader dient te worden toegerekend wanneer de dader opzet heeft gehad de immateriële schade toe te brengen en het gevolg van de immateriële schade dus daadwerkelijk heeft voorzien.⁸² In de huidige situatie blijkt al dat het element oogmerk verstikkend werkt bij de toekenning van smartengeld. Met de aanpassing van het element oogmerk naar de mogelijkheid om een privaatrechtelijke boete op te leggen bij het bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans op het intreden van immateriële schade, kunnen belangrijke zaken die het strafrecht ontlopen toch gecorrigeerd worden. Het privacyrecht dat niet zelden wordt geschonden door de boulevardpers kan op deze manier harder aangepakt worden. Met het doel voor ogen dat de grenzen met betrekking tot het privacyrecht scherper gesteld worden, kan de privaatrechtelijke boete een uitkomst bieden. Daar waar smartengeld in betreffende situaties zelden of slechts minimaal worden toegewezen en uitgekeerd kan met de komst van de privaatrechtelijke boete preventief en handhavend worden opgetreden. Daarnaast

⁸² R. Zwitser, 'Immateriële schadevergoeding in het contractenrecht', *RMThemis*, 2005-2 p.78

kunnen daden die een geschokt rechtsgevoel veroorzaken tevens voorzien worden van een extra prikkel. Wanneer er in bepaalde gevallen, om welke reden dan ook, vervolging door het OM niet wordt gerealiseerd, werkt de privaatrechtelijke boete als een vangnet om zo toch preventie en handhaving af te dwingen.

De aanpassing die artikel 6:106 BW zal moeten ondergaan is tweeledig. Aan de ene kant is er het doel en de functie van het artikel. We weten wat de functie op dit moment is, schadevergoeding en genoegdoening, met het oog op het element oogmerk ga ik wellicht wat ver door de link te leggen naar preventie en handhaving maar ik geloof ten zeerste dat de wetgever met dit element de handeling en daarmee het gedrag van de dader centraal heeft willen stellen. Daaruit kan geconcludeerd worden dat elementen als handhaving en preventie passen bij dit artikel. Naar voren zal moeten komen dat het doel van artikel 6:106 BW is, om handhaving en preventieve werking een plek te geven in het aansprakelijkheidsrecht, dit kan naast de elementen van genoegdoening en schadevergoeding. Zo zou de rechter op basis van het nieuwe artikel 6:106 BW een vordering tot schadevergoeding van immateriële schade kunnen toewijzen en op grond van dit artikel tevens een privaatrechtelijke boete op kunnen leggen. Aan de andere kant is het van belang dat de interpretatie van het element oogmerk wordt versoepeld. Men moet in de gelegenheid zijn een privaatrechtelijke boete te vorderen op het moment dat de dader het immateriële, maar ook het materiële nadeel dat geleden is had kunnen verwachten.

§ 5.3 Aanbeveling 2: Nieuw wetsartikel; de privaatrechtelijke boete

Een tweede mogelijkheid om de privaatrechtelijke boete op te nemen in ons rechtssysteem is het creëren van een nieuw wetsartikel. Dit zou betekenen dat de vordering tot schadevergoeding van zowel materiële en immateriële schade zijn huidige grondslag zou kunnen behouden. Men kan schadevergoeding vorderen op grond van artikel 6:162 BW en smartengeld vorderen voor immaterieel geleden nadeel op basis van artikel 6:106 BW. Daarnaast zal er een nieuw artikel opgenomen dienen te worden om te kunnen voorzien in een extra mogelijkheid tot de correctie van buitenproportioneel gedrag. Behoudens het strafrecht, de bestuurlijke boete, toezichthouders als de OPTA en de NMA moet ook de burger in de gelegenheid zijn om een straf (in de vorm van een geldboete) te vorderen tegen het nadeel, materieel of immaterieel, dat hij geleden heeft en zo bij kunnen dragen aan de

preventieve werking en de handhaving binnen onze maatschappij. Dit artikel zal in een kader geplaatst kunnen worden dat past bij de normen en waarden van deze maatschappij in deze tijd. Om de discussie over de claimcultuur te drukken kan er een maximum aan de boete worden gesteld zoals dat op dit moment binnen het strafrecht geldt voor de op te leggen geldboetes. Mijns inziens is dat wellicht niet nodig omdat de rechter in Nederland niet bekend staat als ruimhartig ten opzichte van de hoogten van vergoedingen en er daarnaast altijd gematigd kan worden op basis van artikel 6:109 BW. Daarbij wil ik Schirmeister in zijn bijdrage volgen: de waarde van een dollar is niet voor iedereen gelijk. De hoogte van de boete is cruciaal bij de werking van elementen als handhaving en preventie. Criteria die in het Amerikaanse rechtstelsel worden meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de boete kunnen hier aan worden toegevoegd. Ik denk dan vooral aan de criteria die voortvloeien uit het arrest *Pacific Mutual Life Ins. Co v. Haslip*⁸³. Een aantal criteria is uitermate bruikbaar bij de toepassing van de privaatrechtelijke boete in Nederland. Het eerste punt de vraag of er een redelijk verband bestaat met de daadwerkelijk veroorzaakte schade zou bij toepassing in Nederland een vereiste zijn dat met ja dient worden te beantwoord. Niet alleen bij de bepaling van de hoogte maar bij het vaststellen van de mogelijkheid een privaatrechtelijke boete op te leggen. De mate van laakbaarheid van de gedraging van de gedaagde, de duur van het gedrag, het bewustzijn van gedaagde ten aanzien van diens gedraging, het trachten te verzwijgen van diens gedraging en het eerder bestaan en de frequentie van een soortgelijke gedraging zijn belangrijk bij bepaling van de hoogte van de boete. Ook andere criteria zoals het profijt dat de gedaagde van diens gedrag had en de wenselijkheid dit voordeel van de gedaagde af te nemen en eventueel verlies toe te brengen zijn criteria die kunnen leiden tot een hogere op te leggen boete. Indien de gedaagde al voor hetzelfde gedrag (strafrechtelijk) is vervolgd zou dit moeten leiden tot matiging van de boete. Het criterium waarbij men de frequentie van de gedraging in acht neemt zal een positieve werking hebben ten opzichte van de (boulevard)pers. Met name wanneer dit wordt toegepast bij het schenden van privacyrechten kan er daadwerkelijk een preventieve en handhavende werking vanuit de privaatrechtelijke boete gaan. Tevens is het van belang dat er wordt opgenomen welk soort gedragingen in aanmerking komen voor een privaatrechtelijke boete, de onrechtmatige daad is in dat geval binnen het civielrechtelijke

⁸³ *Pacific Mutual Life Ins. Co v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1999)

systeem een uitstekend handvat. In tegenstelling tot wat eerder gezegd is bij de toelichting op artikel 6:106 BW, waar een versoepeling van het element oogmerk wordt voorgesteld, is het hier van belang dat het daden betreft waar een vorm van opzet of bewuste roekeloosheid aan ten grondslag ligt. Men aanvaarde in ieder geval de kans op het intreden van de betreffende schade. In dit opzicht komt het arrest betreffende Exxon Valdez aan de orde.⁸⁴ De criteria die voortvloeien uit deze zaak liggen in het verlengde van de Hammond criteria, roekeloosheid van de gedraging, het feit of er sprake is van herhaald onzorgvuldig gedrag. De vraag wordt ook gesteld of er sprake is van opzet of enkel schuld aan de schade. Een criterium dat kan worden meegenomen in de Nederlandse vorm van de punitive damage en zelfs mag worden uitgebreid tot het vereiste van opzet aan de schade, schuld alleen kan niet leiden tot de toekenning van een privaatrechtelijke boete.

Bij de invoering van een nieuw wetsartikel zijn er een aantal zaken waar rekening mee moet worden gehouden: ten eerste, de vordering op materiële en immateriële schadevergoeding blijft bestaan. Daarnaast zal er een instapvoorwaarde worden gecreëerd: bestaat er een redelijk verband met de daadwerkelijk veroorzaakte schade? Als derde aandachtspunt kan er een eventueel maximum aan de hoogte van de op te leggen boete worden gesteld of duidelijke criteria die bijdragen aan de bepaling van de hoogte zoals bijvoorbeeld de mate van laakbaarheid van de gedraging van de gedaagde, de duur van het gedrag, het bewustzijn van gedaagde ten aanzien van diens gedraging, het trachten te verzwijgen van diens gedraging en het eerder bestaan en de frequentie van een soortgelijke gedraging. Zoals eerder genoemd zal de boete moeten worden gematigd indien de gedaagde al voor hetzelfde gedrag (strafrechtelijk) is vervolgd. Tot slot moet worden bepaald welke gedragingen in aanmerking komen voor een privaatrechtelijke boete; onrechtmatige daden met daaraan het vereiste van een vorm van opzet, men moet (minimaal) bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat dergelijke schade kon worden toegebracht. De privaatrechtelijke boete wordt zo op een dusdanige manier toegepast met daarin belangrijke elementen zoals voorwaardelijk opzet die op dit moment in het strafrecht al zorgen voor preventie en handhaving maar, op deze manier binnen het aansprakelijkheidsrecht hun werk kunnen gaan doen. Er wordt een kader gevormd met onze huidige normen en waarden.

⁸⁴ Exxon Valdez, A89-0095CV (HRH)

§ 5.4 Beantwoording onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag wordt in paragraaf 1.2 als volgt geformuleerd: *Is het, geïnspireerd door de Amerikaanse rechtsfiguur punitive damage, aanbevelingswaardig om artikel 6:106 BW aan te passen, met als doel het verstevigen van handhaving en preventieve werking binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?*

Deze vraag kan met de eerste aanbeveling bevestigend worden beantwoord. Het invoeren van een privaatrechtelijke boete mag worden gezien als een aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Elementen zoals handhaving en preventie hebben een toegevoegde waarde en komen ook daadwerkelijk tot uitdrukking bij de toepassing van de privaatrechtelijke boete op de manier zoals bovenstaand is voorgesteld. Daarentegen is de tweede aanbeveling, een geheel nieuw artikel voor de privaatrechtelijke boete geen antwoord op de oorspronkelijke onderzoeksvraag maar hiermee wordt wel het doel uit deze vraag gerealiseerd. De positie van handhaving en preventieve werking binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht wordt door middel van invoering van de punitive damage verstevigd en met dat doel is niet de vraag maar in ieder geval het uitgangspunt van dit onderzoek bevestigd.

Hoofdstuk 6: Conclusie

Tot slot kan er na een resumé bevestigend worden geantwoord op de onderzoeksvraag zoals deze geformuleerd is in paragraaf 1.2, *Is het, geïnspireerd door de Amerikaanse rechtsfiguur punitive damage, aanbevelingswaardig om artikel 6:106 BW aan te passen, met als doel het verstevigen van handhaving en preventieve werking binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?*

Begrippen en functies van het aansprakelijkheidsrecht die in het kader van beantwoording van de onderzoeksvraag van belang zijn komen aan de orde in hoofdstuk 1. Van belang is dan met name het doel van het aansprakelijkheidsrecht, het vergoeden van schade maar zeker ook de kern van het aansprakelijkheidsrecht: handhaving om inhoud te geven aan het aansprakelijkheidsrecht, het aansprakelijkheidsrecht wordt een rol toebedeeld in het kader van vergoeding en preventie.⁸⁵ Met deze functie worden de twee belangrijkste begrippen in dit onderzoek centraal gesteld, handhaving en preventie in het aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast is het belangrijk om goed voor ogen te houden wat de definitie van de punitive damage is namelijk: een bedrag dat aan de eiser in een civiele zaak wegens onrechtmatig gedrag van de gedaagde bovenop de 'normale' schadevergoeding wordt toegewezen en dat strekt tot vergelding van het onrecht en tot preventie van toekomstig onrecht van de dader en anderen.⁸⁶

In hoofdstuk 2 komt het geldende recht omtrent schadevergoedingen in Nederland aan de orde. Hier wordt als uitgangspunt artikel 6: 162 BW genomen, op basis waarvan men schadevergoeding kan vorderen voor geleden schade. Het kan dan gaan om materiële of immateriële schade. Het recht op smartengeld bij immaterieel geleden schade vloeit voort uit artikel 6: 106 BW. In het eerste lid onder sub a is het element oogmerk opgenomen, dit oogmerk moet erop gericht zijn om het immateriële nadeel ook daadwerkelijk te veroorzaken. Het element oogmerk in het artikel wijst op een deels punitief karakter. Een karakter waar wellicht de elementen handhaving en preventie binnen passen.

⁸⁵ T.Hartlief, 'Het recht op smartengeld: burgerwacht of schaamlap?', in: BW-krant Jaarboek, Doel en effect van civielrechtelijke sancties, Deventer: Kluwer 2003, p. 121

⁸⁶ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 5

Hoofdstuk 3 richt zich op het Amerikaanse recht rondom de punitive damage. De definitie van de punitive damage wordt in het arrest *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*⁸⁷ als volgt omschreven: niet zijnde een vergoeding van de opgelopen schade van de eiser maar een middel om doelen als bestraffing en afschrikking te bereiken. Preventie en handhaving zijn twee belangrijke elementen in deze definitie. De toekenning van de punitive damage is terug te voeren naar één grondslag: het gedrag. Bij twee typen gedrag is er de mogelijkheid om een punitive damage toe te kennen, namelijk het opzettelijk schade toebrengen en ook wanneer er genoeg wordt genomen met het aanvaarden van een aanmerkelijke kans dat de schade in zou treden. De rechter bepaalt of de zaak zich leent voor de toekenning van een punitive damage, de jury bepaalt daarna de hoogte van de boete. In het arrest *Pacific Mutual Life Ins. Co v. Haslip*⁸⁸ en later in de *Exxon Valdez*⁸⁹ case zijn een aantal criteria vastgelegd aan de hand waarvan men de hoogte van een punitive damage kan bepalen. Deze criteria bestaan uit een zevental aandachtspunten waarvan er later een aantal benadrukt worden in de *Exxon Valdez* case. De nadruk bij de bepaling van de hoogte van de punitive damage ligt bij de aard van de schade en de aard van de gedraging, is er roekeloos gehandeld, gaat het om een enkele gedraging of steeds om herhaald gedrag.

Verschillen en overeenkomsten maar ook voor- en nadelen komen aan bod in hoofdstuk 4. Verschillen ten opzichte van beide remedies zijn het feit dat er in Nederland zelden smartengeld voor geleden immateriële schade wordt uitgekeerd, deze mogelijkheid is er slechts op grond van artikel 6:106 BW. Daarnaast hanteert men in Amerika toegankelijker criteria voor de toekenning van een punitive damage dan in Nederland voor artikel 6:106 BW worden gebruikt. In Nederland komt men slechts in aanmerking voor vergoeding indien er sprake is van oogmerk. Vervolgens is ook het doel van de actie verschillend, in Nederland is dat vergoeding voor niet vermogensschade, met als functie het bevredigen van het geschokte rechtsgevoel en in Amerika is de punitive damage gericht op preventieve werking en handhaving. Men doelt bij de punitive damage op bestraffing voor datgene wat de dader de andere, private, individuele persoon heeft aangedaan.⁹⁰ Een ander verschil is het

⁸⁷ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. V. Campbell*, 538 U.S. 408, 417 (2003)

⁸⁸ *Pacific Mutual Life Ins. Co v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1999)

⁸⁹ *Exxon Valdez*, A89-0095CV (HRH)

⁹⁰ T.B. Colby, 'Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, present and future of punitive damages, the George Washington University Law School, Public law and legal theory working paper no. 415, legal studies research paper no.415. p. 56

toepassingsgebied, artikel 6:106 BW kan pas worden ingeroepen indien er sprake is van immaterieel nadeel, de punitive damage daarentegen kent geen beperking tot immateriële schade. Ook de manier waarop recht wordt gesproken in beide landen is verschillend, in de Verenigde Staten wordt recht gesproken door middel van een jury, in Nederland door de rechter. Dit onderscheid brengt ons tot slot naar het laatste verschil: de hoogte van de boetes c.q. smartengelden. In artikel 6:106 BW is een begrenzing opgenomen: een vergoeding wordt naar billijkheid toegekend. De vergoedingen op grond van artikel 6:106 BW zijn dan ook niet excessief hoog. De punitive damage daarentegen kan recordhoogten bedragen. Er moet echter wel rekening gehouden worden met het feit dat de rechter de punitive damage in een later stadium nog enigszins matigt. Een overeenkomst tussen beide remedies is gelegen in het element oogmerk dat is opgenomen in artikel 6:106 BW, de wetgever wijst hier naar (het gedrag van) de dader als uitgangspunt van de toe te kennen vergoeding. Het is niet uitgesloten dat de Nederlandse wetgever in dit geval dezelfde doelen (preventie en handhaving) voor ogen had als de Amerikaanse.

De voordelen die de privaatrechtelijke boete in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht tot een aanvulling maken zijn de volgende: toevoeging van elementen van preventie en handhaving aan het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Ten tweede wordt er een extra vangnet gecreëerd ten aanzien van het strafrecht. Strafbare feiten blijven, om welke reden dan ook, vaak onbestraft. Naast mogelijkheden om op te treden via toezichthouders zoals de OPTA en de NMA zou een privaatrechtelijke boete hierop een aanvulling zijn. Een nadeel waar met regelmaat discussies op vast lopen zijn de zogenaamde Amerikaanse toestanden. Men is bang voor meer en hogere claims. Dit argument kan worden weerlegd: de claimcultuur zoals deze in de Verenigde Staten bestaat zal nooit de Nederlandse worden. De claimcultuur is te wijten aan lage drempels zoals het no cure no pay systeem, de juryrechtspraak en het gebrek aan een sociaal zekerheidsstelsel. In Nederland is het nog altijd de rechter die bepaalt wat de hoogte van een vergoeding dan wel boete moet zijn en zal deze dan ook naar billijkheid vaststellen, net zoals dat nu gebeurt.

Na de overeenkomsten en verschillen, en met name de voor- en nadelen tegen elkaar te hebben afgewogen zijn we bij de vraag aangekomen of een dergelijke remedie een aanvulling is op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en indien dit het geval is, op welke manier. Nadat het enige argument tegen de invoering van een privaatrechtelijke boete

overtuigend kan worden weerlegd, kan de vraag of er sprake is van een aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht positief worden beantwoord. In hoofdstuk 5 zijn er twee aanbevelingen aan de orde gekomen, twee manieren waarop de punitive damage in Nederland hanteerbaar zou kunnen zijn. De eerste aanbeveling ziet op de aanpassing van artikel 6:106 BW. De aanpassingen die aan dit artikel zouden moeten worden gedaan zijn het versoepelen van het element oogmerk. Hier pleit ook de heer Zwitser voor, het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat de schade in zal treden moet voldoende zijn om een privaatrechtelijke boete op te kunnen leggen. Na deze versoepeling zullen elementen als handhaving en preventie een duidelijker plek krijgen in het aansprakelijkheidsrecht, daarnaast wordt er een extra vangnet gecreëerd. Het doel en de functie van het artikel zal van schadevergoedend en genoegdoening verschuiven naar handhavend en preventief, maar het zal zijn oorspronkelijke functie ook niet verliezen. Een tweede aanbeveling wordt gedaan in paragraaf 5.3; het invoeren van de privaatrechtelijke boete door middel van een nieuw artikel. De schadevergoedingsvordering van materiële en immateriële schade blijft op grond van de huidige artikelen 6:162 BW en 6:106 BW. Er wordt een extra artikel opgenomen waar men buitenproportioneel gedrag kan corrigeren. De toepassing van de privaatrechtelijke boete is afhankelijk van het antwoord op de vraag of er een redelijk verband met de daadwerkelijk veroorzaakte schade bestaat. Duidelijke criteria die bijdragen aan de bepaling van de hoogte van de boete dienen tevens een plek te krijgen in het artikel. Het betreft dan criteria zoals bijvoorbeeld de mate van laakbaarheid van de gedraging van de gedaagde, de duur van het gedrag, het bewustzijn van gedaagde ten aanzien van diens gedraging, het trachten te verzwijgen van diens gedraging en het eerder bestaan en de frequentie van een soortgelijke gedraging. Eventuele matiging van de boete kan plaatsvinden indien de gedaagde al voor hetzelfde gedrag (strafrechtelijk) is vervolgd. Tot slot moet worden bepaald welke gedragingen in aanmerking komen voor een privaatrechtelijke boete; onrechtmatige daden met daaraan het vereiste van een vorm van opzet, men moet (minimaal) bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat dergelijke schade toegebracht kon worden. Zo kan de privaatrechtelijke boete de versteviging van de elementen preventie en handhaving in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht in werking gaan zetten.

Wanneer we tot slot kijken naar de onderzoeksvraag, kan worden geconcludeerd dat er deels positief op kan worden geantwoord. Mijns inziens is het mogelijk artikel 6:106 BW zo aan te passen dat elementen als preventie en handhaving een stevigere plek krijgen binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast is de tweede aanbeveling, de invoering van een nieuw artikel in het aansprakelijkheidsrecht, geen antwoord op de onderzoeksvraag zoals deze is geformuleerd maar worden wel de doelen die in de vraag gesteld worden, en daarmee het doel van het onderzoek bereikt.

Literatuurlijst

Asser/Hartkamp 1998

A.S. Hartkamp, *'mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht 4 Verbintenissenrecht deel III, verbintenissen uit de wet'*, Deventer: Tjeenk Willink 1998

Asser/Hartkamp 2000

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht.4 Deel I. Verbintenissen in het algemeen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Bergh, van den e.a. 2001

R.J. van den Bergh e.a., *Aansprakelijkheid: gronden en grenzen*, Deventer: Kluwer: 2001

Bolt & Lensing 1993

A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48, Deventer: Kluwer 1993

Colby 2008

T.B. Colby, 'Clearing the smoke from *Philip Morris v. Williams*: the past, present and future of punitive damages, *the George Washington University Law School, Public law and legal theory working paper no. 415, legal studies research paper no.415*.

Erp 2008

J. van Erp, 'Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen' in: *W. van Boom, I. Giesen en A. Verheij (red), Gedrag en Privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, hoofdstuk 7, p. 153-180.

Hartlief 2005

T.Hartlief, 'Het recht op smartengeld: burgerwacht of schaamlap?', in: *BW-krant Jaarboek, Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, Deventer: Kluwer 2003

Hartlief 2005

T.Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB*, 22 april 2005 afl. 16.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?' in: *WPNR 2008*, 6772

Hoogervorst 2003

E.M. Hoogervorst e.a., *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, Deventer: Kluwer 2003

Hulst 2004

E.H. Hulst, 'De les van Exxon Valdez: 'Punitive Damages' corrigeren fout gedrag toch niet', *Tijdschrift voor milieuschade en aansprakelijkheidsrecht*, TMA: 2004, p. 199-202

Nieuwenhuis 1990

J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1990

Olthof 1982

M.M. Olthof, 'Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk wetboek, boeken 3, 5 en 6, Deventer: Kluwer 1982

Parisi 2008

F. Parisi & M. Cenini, 'Punitive damages and class actions', University of Minnesota Law School, Legal studies research paper series, research paper no. 08-38

Schirmeister 2003

F.C. Schirmeister, 'Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?', in: *BW-krant Jaarboek, Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, Deventer: Kluwer 2003

Sieburgh 2000

C. Sieburgh, *'Toerekening van een onrechtmatige daad'*, Deventer: Kluwer 2000

Spier 2003

J. Spier & T. Hartlief & G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003

Zwitser 2005

R. Zwitser, 'Immateriële schadevergoeding in het contractenrecht', *RMThemis*, 2005-2

Jurisprudentie

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 417 (2003)

Pacific Mutual Life Ins. Co v. Haslip, 499 U.S. 1 (1999)

United States District Court of Alaska, Exxon Valdez, A89-0095CV (1995) (HRH)

Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. Aug. 18, 1994)

Grimshaw v. Ford Motor Co. 174 Cal. Rptr. 348 (1981)

Day v. Woodworth, 54 U.S. (13 How.) 363 (1851)

Genay v. Norris, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784)

HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 (Duwbak Linda)

HR van 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (Oogmerk)

HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen)

Rechtbank Amsterdam 2 april 2008, LJN BC8392 (Familie Bos)

Rechtbank Amsterdam 6 februari 2008, LJN BC3781 (Prinses Maxima)

Kamerstukken

Kamerstukken II 1998/99, 26630, nr. 1

Kamerstukken II 1999/00, 26630, nr. 2

Kamerstuk II 2002/03, 28781, nr. 1-2