

ENKELE OPMERKINGEN OVER DE MOGELIJKHEID EN WENSELIJKHEID OM "PUNITIVE DAMAGES" TE VORDEREN IN HET NEDERLANDSE RECHT¹

Nogmaals: vergelding als schadevergoeding

1. Inleiding

"A plague of lawyers" zo luidde de titel van een van de hoofdartikelen waarmee *The Economist* van 10 augustus 1991 opende: "America is undoubtedly over-lawyered and sue-happy. There are 600.000 practising lawyers, three times as many per head as in any other rich country. These besuited sharks are blamed for: a 300 fold increase in medical-malpractice suits since 1970; rising insurance premiums; jackpot pay-outs in product-liability cases; and a growing list of "silly suits". A woman in California recently sued her veterinarian for \$ 1 m in damages for the emotional distress he caused her by breaking the back of her pet iguana." Ook de Amerikaanse internationale pers liet zich in diezelfde week uit over wat daar werd omschreven als "the tide of petty American litigiousness" in een artikel dat de veelzeggende titel had: "Crybabies: the eternal victims" (*Time Magazine* 11 augustus 1991).

Vrij algemeen wordt aangenomen dat het systeem van "punitive damages" (het toekennen van een vergoeding boven op de materiële en immateriële schade) er mede toe geleid heeft dat mensen sneller (te snel volgens velen) naar de rechter stappen om aan hem een oplossing te vragen voor problemen waarbij men tot voor kort aan de gang naar de rechter niet gedacht zou hebben. Op het eerste gezicht lijkt dat geen slechte zaak: het voor de rechter uitvechten van een ruzie is beter dan dat op straat te doen. Maar wat ervan te denken als men naar de rechter stapt omdat men zegt "emotional distress" te hebben als gevolg van het feit dat de dierenarts de rug brak van een kamhagedis (iguana); omdat men "nijdig" is dat een jury een zwarte filmregisseur niet de eerste prijs toekende, implicerend dat de jury wel racistisch zou zijn? En wat te denken van de leden van een dieetclub die bezwaar aantekenden bij de rechter tegen de film "Dances of the hours", omdat de in tutu's geklede nijlpaarden dikke mensen belachelijk

1. Dit artikel is een vervolg op mijn eerdere artikel geplaatst in *NJB* 1990 afl. 14, pag. 513 e.v.

zouden maken²? Hoe kan men nu tegen deze achtergrond nog pleiten voor invoering van de mogelijkheid van "punitive damages"? Is er (nog los van het dogmatische probleem of straffen wel past in het privaatrecht) niet veel meer dat pleit tegen de invoering: leidt het niet tot dubbel straffen, hetgeen in strijd is met het ne bis in idem beginsel; leidt het niet tot gevaren voor de persvrijheid?

In dit artikel zal ik een aantal van de bezwaren die men heeft aangevoerd tegen het bestaan van punitive damages, dan wel tegen de wijze waarop zij worden toegekend onder de loep nemen. De nadruk ligt daarbij op die bezwaren die zich ook zouden doen voelen, zouden "punitive damages" bij ons ingevoerd worden (paragraaf 2).

De bezwaren die typerend zijn voor de Amerikaanse situatie (de vergelijking richt zich met name op het Amerikaanse recht, al kennen ook de andere common law landen "punitive damages") laat ik zoveel mogelijk voor wat ze zijn. In par. 3 ga ik opnieuw in op het onderwerp vergelding in het privaatrecht en tot slot zal ik bezien of "punitive damages" bij ons wettelijk mogelijk zijn (paragraaf 4).

2. Bezwaren aangevoerd tegen "punitive damages".

a. Het ne bis in idem beginsel/"double jeopardy" verbod

Artikel 68 WvSr luidt: "Behoudens de gevallen waarin rechtelijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn, kan niemand andermaal worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de rechter in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba onherroepelijk is beslist."

Amendement V (1791) behorend bij de Amerikaanse Grondwet luidt: "No person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just

2. De voorbeelden zijn ontleend aan het genoemde *Time Magazine* artikel. Wie meer voorbeelden wil raadplege dat artikel alsmede het boek van Walter Olson, *The Litigation Explosion*. Dit laatste boek trok ook bij ons de aandacht in bredere kring, zie de bespreking in NRC-Handelsblad van zaterdag 17 augustus 1991.

compensation."

Een van de meest principiële bezwaren die tegen het bestaan van "punitive damages"³ is aangevoerd, is dat toepassing ervan leidt tot dubbele straf terzake van hetzelfde feit. Artikel 68 WvSr en voor de Amerikanen het vijfde Amendement op de Grondwet verzetten zich daartegen⁴. De juistheid van deze opvatting is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de privaatrechtelijke straf die "punitive damages" is, hetzelfde is als de strafrechtelijke straf die terzake van hetzelfde feit op te leggen is⁵. Het enkele feit dat men zich terzake van één handeling meer dan één keer in rechte moet verantwoorden constitueert uiteraard geen strijd met het ne bis in idem beginsel⁶: wie strafrechtelijk vervolgd is kan met een beroep daarop geen civiele vordering terzake van de schade, die een gevolg was van de handeling waarvoor men werd vervolgd, afweren⁷. Van strijd met het ne bis in idem beginsel, van een inbreuk op het verbod van double jeopardy is pas sprake indien de toepasbare (en toegepaste) sancties gelijk zijn. Is dat zo?

De opvatting dat dit zo is, is wijd verbreid⁸. "Punitive damages", zo wordt gesteld, hebben met de gewone straf gemeen dat ze zowel in het algemeen als in het bijzonder afschrikkend werken. Verder zijn "punitive damages" retributief van aard en dat zijn de strafrechtelijke straffen ook. Bovendien wordt in deze visie het belang van de individuele eiser van deze schade vereenzelvigd met het

3. Omdat een goede Nederlandse vertaling van de term "punitive damages" nog ontbreekt hanteer ik de Engelse terminologie.

4. Men zie bijvoorbeeld, P. Mout in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging uit 1978, *Bescherming van het individu tegen ongefundeerde aantijgingen in massamedia*, pag. 144.

5. Men is het er wel over eens dat "punitive damages" straf vormen.

6. Zie bijvoorbeeld, "The imposition of punishment by civil courts: a reappraisal of punitive damages", in *New York University Law Review*, 1966, pag. 1182 (Hierna te noemen *NYULR* 1966).

7. De "zelfstandigheid" (autonomie) van het civiele recht brengt zelfs mee dat wat in een ander rechtsgebied expressis verbis is toegestaan (dus in dat rechtsgebied rechtmatig geacht wordt), in het civiele recht toch onrechtmatig kan zijn. Men zie HR 10-03-1972, NJ 1972, no. 278 (Vermeulen/Lekkerkerk).

8. Het hierna volgende is ontleend aan *NYULR* 1966. In gelijke zin, M.E. Wheeler, "The constitutional case for reforming punitive damages procedures", in *Virginia Law Review* 1983, vol. 69:269; H. Stoll, "Consequences of liability: remedies", Chapter 8 van vol. XI (torts) van de *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1983, onder red. van A. Tunc.

belang dat de maatschappij heeft bij straffen. Welnu, waar het verbod van "double jeopardy" erop toeziet het belang van het individu (dat is de aangeklaagde) in evenwicht te brengen met het belang van de maatschappij, past het niet om, nadat de maatschappij al gestraft heeft, dit te herhalen. Het belang van de maatschappij is dan voldoende gediend⁹.

Tegen de redenering dat "punitive damages" leiden tot een inbreuk op het verbod van "double jeopardy" zijn zowel praktische als theoretische argumenten aangedragen¹⁰.

Als praktisch argument tegen de stelling dat toekenning van "punitive damages" tot dubbel straffen leidt is o.a. aangevoerd dat het bij veel strafbaar gestelde feiten feitelijk niet tot strafrechtelijke vervolging komt. Voorbeelden daarvan zijn slander (smaad), het op verboden terrein komen ("trespass") en wat genoemd wordt "technical batteries", wat ik maar vertaal met mishandeling in de formele zin van het woord¹¹. Waar vervolging uitblijft is van dubbel straffen geen sprake. Bovendien kan het eventuele dubbele straffen geen argument zijn om zich ten principale te keren tegen de "punitive damages" omdat deze ook gevorderd kunnen worden in gevallen die niet in het wetboek van strafrecht geregeld zijn¹².

Meer principieel zijn de volgende redeneringen. Betoogd is dat het civielrechtelijk straffen wel een andere soort straffen is c.q. kan zijn dan strafrechtelijke straffen en dat daarom wel privaatrechtelijk en strafrechtelijk gestraft kan worden terzake van hetzelfde feit, zonder in strijd te komen met het constitutionele

9. Om te voorkomen dat de burger met zijn "punitive damages" eis de maatschappij voor is, zodat de maatschappij niet meer zou kunnen straffen, verbiedt de Staat Indiana het instellen van die eis, wanneer er terzake van die daad een strafrechtelijke bepaling bestaat. Zie ook J. Mallor and B. Roberts, *Punitive Damages: toward a principled approach*, *The Hastings Law Journal*, 1980, pag. 656 noot 100.

10. Letterlijke lezing van de "double jeopardy" clause zou kunnen leiden tot niet-toepasselijkheid ervan in geval van privaatrechtelijke "punitive damages." Deze zijn immers van financiële aard en vormen derhalve geen bedreiging van "life or limb." Deze letterlijke lezing is echter in strijd met wat door de Supreme Court bij herhaling is uitgemaakt: "... held that the clause applies to every indictment or information charging a party with a known and defined crime or misdemeanor, whether at the common law or by statute". Het citaat komt uit de zaak *Ex parte Lange*, 85 U.S (18 Wall.) 163 (1874) zoals weergegeven door Wheeler, op. cit. pag. 328, noot 230. Zie ook D.E. Ellis Jr., "Punitive Damages in Iowa Law": a critical assesement, *Iowa Law Review*, 1981, vol. 66, no. 5, pag. 1012, waarin naar andere gelijklopende uitspraken verwezen wordt.

11. Zie Mallor & Roberts, op. cit. pag. 646.

12. Zie de in de vorige noot genoemde schrijvers.

"double jeopardy" verbod¹³.

In de *International Encyclopedia of Comparative Law* maakt Stoll melding van een iets andere redenering¹⁴. Er is bij cumulatie van privaatrechtelijke en strafrechtelijke straffen geen "double jeopardy" probleem, omdat "double jeopardy" alleen ziet op strafrechtelijke procedures. Wel is er iets voor te zeggen, zo vervolgt Stoll, om bij het bepalen van de "punitive damages" rekening te houden met de opgelegde of nog op te leggen strafsancities.

De argumenten, die tegen de opvatting, dat "punitive damages" leiden tot een ontoelaatbare inbreuk op het "double jeopardy" verbod, zijn aangevoerd bevredigen niet. Tegen de door Stoll opgevoerde opvatting is in te brengen dat een dader door de overheid terzake van eenzelfde feit twee keer te straffen is, als de overheid dat maar met behulp van niet-strafrechtelijke procedures doet. Dat lijkt mij in strijd met de ratio van de bepaling. Tegen de opvatting dat privaatrechtelijk straffen iets anders is dan strafrechtelijk straffen, omdat het een ander doel zou dienen (niet retributief, doch afschrikkend) kan aangevoerd worden dat dit niet in overeenstemming met de werkelijkheid is. Het kenmerkende verschil tussen een strafrechtelijke straf en een privaatrechtelijke is dat de laatste een compenserend en helend doel heeft; de privaatrechtelijke straf is een vorm van schadevergoeding¹⁵. Niet ontkend kan worden dat beide straffen het effect van vergelding en afschrikking hebben. Bovendien is er dit verschil: het burgerlijke straffen gebeurt onder gelijken, strafrechtelijk straffen vindt plaats in een hiërarchie.

13. Men zie o.a. S.H. Reisberg, "In defense of punitive damages", *New York University Law Review* 1980, 55:303. Met name pag. 331 e.v. Men baseert zich daarbij op de jurisprudentie van de Supreme Court, die bij herhaling uitmaakte dat een maatregel, gebaseerd op een wet die een ander dan strafrechtelijk legitiem overheidsdoel diende, geen strafrechtelijke maatregel is. Deze tweede maatregel is dan op te leggen na de strafrechtelijke maatregel. In gelijke zin Wheeler, op. cit. pag. 326. Dat niet iedereen gecharmeerd is van deze "test" blijkt uit de opmerkingen van Ellis, op. cit. pag. 1013. "In the final analysis, then, punitive damages are immune from double jeopardy constraints by virtue of what H.L.A. Hart has aptly called the "definitional stop." Punitive damages are civil, not criminal sanctions. They are civil sanctions simply because courts (and legislators) so denominate them, and have done so for a long time. And it is only the threat of criminal sanctions that puts a defendant in jeopardy. However unsatisfactory the explanation, the law appears to be settled, at least for now."

14. Stoll op. cit. pag. 104.

15. Zie mijn eerste artikel over dit onderwerp, alsmede paragraaf 3.

Eigen mening

De verwarring rond het probleem: leveren "punitive damages" in een geval dat ook strafrechtelijke straf mogelijk is, dubbele straf op, hetgeen in strijd is met het verbod op "double jeopardy" en met het ne bis in idem beginsel, wordt veroorzaakt door de aldus gegeven vraagstelling. Ik zal hieronder uiteenzetten dat deze vraagstelling tot verwarring heeft geleid, omdat zij niet volledig is.

De "double jeopardy" clause en het ne bis in idem beginsel staan in de Amerikaanse Grondwet respectievelijk het Nederlandse wetboek van strafrecht. Daar geplaatst zijnde richten deze bepalingen zich tot de overheid. Voor het grondwettelijk vastgelegde "double jeopardy" verbod volgt dat uit de oorspronkelijke staatsgerichtheid van de grondrechten: de Grondwet is *de* plaats waar de burger bescherming wordt geboden tegen de overheid. De gedachte, dat ook medeburgers de grondrechten van de burgers kunnen bedreigen en dat ter bescherming daartegen de Grondwet ook ingeroepen kan worden, dateert van bijna tweehonderd jaar na de opschriftstelling in de Grondwet van deze rechten. (Ik kom op de zogenaamde horizontale of derdenwerking van de grondrechten nog terug). Voor wat betreft het ne bis in idem beginsel dat bij ons in het wetboek van strafrecht is neergelegd, volgt de overheidsgerichtheid van de bepaling uit het feit dat het om "vervolgning" gaat, waartoe de burger niet bevoegd is. Artikel 68 WvSr en het vijfde Amendement omvatten dus beide het verbod aan de overheid: U, overheid, zult dader X terzake van feit Y niet nogmaals (proberen te) straffen indien U hem reeds strafrechtelijk hebt aangesproken terzake van dit feit Y.

Dat het de overheid is die aangesproken wordt in het vijfde Amendement blijkt ook uit de jurisprudentie, zoals die in de literatuur is weergegeven. Steeds wanneer de Supreme Court de mogelijkheid van "double jeopardy" openhield, toegepast werd de clause nimmer¹⁶, betrof het een verweer van een burger die in civilibus werd aangesproken door de overheid, nadat de overheid deze burger terzake van de gebeurtenis die aanleiding gaf tot de civiele procedure, reeds strafrechtelijk had aangesproken. De Supreme Court ging in die gevallen, zoals ik reeds meldde, aldus te werk. Onderzocht werd of de maatregel waarop de overheid meende een vordering tegen de burger te kunnen baseren, strafrechtelijk van aard was. Van een strafrechtelijk doel was geen sprake indien de overheid

16. Zie Wheeler op cit. pag. 329.

een ander dan strafrechtelijk legitiem overheidsdoel nastreefde. Was het doel niet-strafrechtelijk dan deed zich geen probleem van "double jeopardy" voor: de overheid mag de burger ten tweede male in rechte aanspreken, dus nadat zij de burger al strafrechtelijk heeft aangesproken, als zij hem in die tweede procedure maar niet probeert te straffen.

Nu de gevallen waarin de Supreme Court te oordelen kreeg steeds gevallen betroffen waarin de overheid partij was, bieden deze uitspraken van de Supreme Court slechts zekerheid in die gevallen: het is de overheid verboden nadat zij al eenmaal gestraft heeft, nogmaals te straffen. Vast staat alleen dat het verbod van "double jeopardy" zich richt 1. tegen de overheid, die 2. terzake van eenzelfde feit meer dan eenmaal probeert te straffen. Dat is verboden ongeacht langs welke weg de overheid probeert te straffen. De uitspraken van de Supreme Court en het feit dat het "double jeopardy" verbod vervat is in de Constitutie dwingen daarentegen niet tot de conclusie dat het "double jeopardy" beginsel betekent: een dader zal terzake van een feit slechts eenmaal gestraft mogen worden. Anders gezegd: de uitspraken leren ons niets met betrekking tot de vraag of het aan de burger verboden is dader X te straffen terzake van feit Y, indien de overheid hem reeds strafrechtelijk verantwoordelijk hield¹⁷. Nu kan men mij natuurlijk voorhouden dat deze lezing van de bepalingen in samenhang met de jurisprudentie wellicht ooit correct was maar dat wij nu toch leven in het tijdperk van de horizontale werking der grondrechten, "... de eenzijdige staatsgerichtheid van grondrechten is een gepasseerd station"¹⁸. Wat maakt het nu uit voor de dader: "punitive damages" is straffen en als de overheid niet twee keer mag straffen dan mag de dader ook niet een tweede keer door een ander dan de overheid gestraft worden?! Dat het niet zo eenvoudig ligt, anders gezegd, dat het grondrecht dat bescherming biedt tegen een dubbel straffende overheid, niet noodzakelijkerwijs ook bescherming biedt als de tweede straf door een burger wordt toegevoegd zal ik nu uiteenzetten.

17. Stelt de burger in zijn actie voor "punitive damages" op te treden namens en of ten behoeve van de overheid dan is er uiteraard wel sprake van "double jeopardy". Maar tot de bewering van het tegendeel is het meer in overeenstemming met de werkelijkheid het er voor te houden dat de eiser van de "punitive damages" voor zichzelf optreedt. Het enkele toevallige samenvallen van doelen die gediend worden is geen grond voor de stelling, zoals verwoord in *NYULR* 1966, dat de beide straffen nu in elkaar opgaan.

18. Zie bijv. het preadvies van M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten*, uitgebracht voor de vereniging voor Burgerlijk Recht, 1986, pag. 45.

Stel: A steekt een appartementsgebouw in brand. In het gebouw heeft B een appartement. Of beter gezegd: had B een appartement, want het brandt geheel uit. B vordert van A zijn schade en "punitive damages." Beide worden toegerekend. Wat is nu de positie van C die eveneens in het gebouw een appartement had, dat nu vernietigd is. Is zijn gang naar de rechter nu geblokkeerd; moet hij zijn eis nu beperken tot de materiële schade? En wat is de positie van de overheid nu artikel 157 WvSr werd overtreden?

Het voorbeeld maakt het volgende duidelijk. Er is één overheid, er zijn veel burgerlijke slachtoffers. Er is (zijn) een (of meer) strafrechtelijke bepaling(en) overtreden en er is (zijn) een (of meer) civielrechtelijke bepaling(en) (6:162 BW) overtreden. Ieder van deze overtredingen "creëert" zijn eigen slachtoffers en ieder slachtoffer heeft zijn eigen aanspraak; heeft een eigen actie. Anders gezegd: er is een handeling (de brandstichting) die een of meer dan een strafrechtelijke overtreding oplevert (zie art. 157 WvSr; en waarschijnlijk heeft de dader nog meer gedaan dat strafbaar gesteld is, denkbaar is dat hij bijv. ook nog heeft ingebroken etc.) en die meer dan één gevolg heeft: het verbranden van B's appartement, C's appartement, de emotionele schok bij B en C etc. Het "double jeopardy" verbod verhindert dat de overheid deze ene handeling opsplijt in al haar strafrechtelijke overtredingen ten einde de ene overtreding na de andere te vervolgen. Deze in de tijd gesplitste vervolging zou het mogelijk kunnen maken dader A, zonder dat hij zelfs ooit schuldig bevonden wordt, zeer lange tijd in voorlopige hechtenis te houden. Maar dit verbod van "double jeopardy" treft de burger niet. Het is zeer wel mogelijk dat dader A door de verschillende slachtoffers achter elkaar wordt aangesproken terwijl ieder slachtoffer ook zijn vorderingen niet concentreert in één procedure.

Toegepast op de casus leidt een en ander tot het volgende. De brandstichting (de gebeurtenis) maakt de Staat slachtoffer van het ongehoorzaam door A zijn aan artikel 157 WvSr, feit I; de Staat heeft als "aanspraak" nu een gevangenisstraf of een boete te vorderen, variërend van 12 tot 20 jaar, respectievelijk een geldboete van de vijfde categorie. Heeft A meer strafrechtelijke bepalingen overtreden dan moet de Staat die in één keer aanbrengen¹⁹. B is slachtoffer geworden van overtreding van artikel 6:162 BW, feit II, B heeft een aanspraak op A van een geldsom ter hoogte van zijn beide schades; C is slachtoffer

19. Dit is conform de uitleg -in samenhang met de samenloopproblematiek gegeven- van D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, voortgezet door J. Remmelink, 1989. pag. 521 e.v. Op pag. 522 wordt gewezen op de ratio: het voorkomen van doublures.

geworden van overtreding van artikel 6:162 BW, feit III en C heeft een aanspraak op A van een geldsom ter hoogte van zijn beide schades. B en C hoeven hun verschillende vorderingen i.t.t. de Staat niet in één procedure te concentreren en uiteraard hoeven zij ook niet gelijktijdig te procederen. Nadat A de aanspraak van de Staat heeft vervuld, kan de Staat conform artikel 68 WvSr A niet nogmaals terzake van wat ik feit I heb genoemd, aanspreken: A is letterlijk bevrijd. Voldoet A de geldsom aan B, die B mag vorderen terzake van feit II, dan is hij jegens B bevrijd. Net zomin als de verkoper het recht heeft om tweemaal voor dezelfde zaak betaald te worden²⁰ kan B tweemaal aanspraak maken op dezelfde prestatie. Voor C geldt hetzelfde als voor B: heeft A zijn vorderingen terzake van feit III voldaan dan kan hij A evenmin te dier zake nog aanspreken.

Het wordt zo duidelijk dat B's uitoefening van zijn rechten jegens A, de uitoefening door C van C's recht niet kan beperken. Net zomin als C's recht nu beperkt wordt door B, kan B's recht, noch C's recht, beperkt worden door het recht van de Staat²¹.

Recapitulerend: er is een fysiek feit (het stichten van een brand) dat veel juridische gevolgen heeft: 1) het aansteken heeft strafrechtelijk tot gevolg dat hier sprake is van overtreding van artikel 157 WvSr; 2) civielrechtelijk betekent de verbranding van de appartementen alsmede de shock bij de slachtoffers een onrechtmatige daad die verplicht tot schadevergoeding.

Zo gezien wordt duidelijk dat de vraag niet is: levert tweemaal straffen strijd op met ne bis in idem, levert het "double jeopardy" op. De vraag die gesteld moet worden is: levert tweemaal straffen door hetzelfde slachtoffer terzake van hetzelfde feit strijd met het ne bis in idem beginsel op, strijd met het verbod op "double jeopardy"? En het antwoord op die vraag is ja. Voor de overheid volgt dit, zoals ik hiervoor reeds uiteenzette uit de wet; voor de burger volgt dit uit het algemene principe dat iemand niet tweemaal voor dezelfde prestatie hoeft te betalen²². Het is dus inderdaad mogelijk dat een burger meer dan een keer

20. Hoe verschillend kijken wij tegen e.e.a. aan: de verkoper die probeert tweemaal de koopsom van zijn koper te innen wordt beticht van flessentrekkerij. Maar van de Staat die probeert iemand terzake van hetzelfde feit tweemaal te straffen, wordt gesproken in termen van: ne bis in idem!

21. Nogmaals: B's vordering van "punitive damages" is alleen dan niet uitoefenbaar als hij stelt dat te vorderen ten behoeve van de Staat, d.w.z. het zgn. algemeen belang.

22. Voor de burger is dat zo vanzelfsprekend geacht dat de (burgerlijke) wetgever er niet aan heeft gedacht dit in de wet vast te leggen. Wel vindt men er sporen van terug, zoals in artikel 6:34 BW (bevrijdende betaling aan een onbevoegde), d.w.z. het zgn. algemeen

wordt gestraft terzake van een gebeurtenis, mits die gebeurtenis meer dan één gevolg (meer dan een overtreding) teweegbrengt en meer dan een slachtoffer maakt of één persoon slachtoffer van meer dan één overtreding maakt²³ ²⁴. Zou men de dader nu de bescherming van het ne bis in idem beginsel willen toekennen in de zin dat een dader niet meer dan één keer gestraft mag worden, zodat hij dit ook tegen medeburgers kan aanvoeren ter verdediging (dat is horizontale of derdenwerking van het ne bis in idem beginsel) dan verandert de betekenis van dit grondrecht wezenlijk en zou op zijn minst duidelijk moeten zijn, of men dat wil. Maar men beseffe ook deze consequentie die een dergelijke verandering (want van een uitbreiding van de werking van het beginsel van overheid naar burger, wil ik niet spreken) teweegbrengt: het leidt tot een systeem waarbij alleen hij een recht heeft, die het eerst komt om het uit te oefenen. Het recht wordt zo een wedstrijd²⁵.

Nu klinkt het natuurlijk heel hard: een dader mag meer dan één keer gestraft worden terzake van dezelfde gebeurtenis, maar men houde dit voor ogen. Het ene feit heeft meer dan één gevolg. De extra straffen zijn geen lijf- of gevangenisstraffen, doch financiële. En bovendien: de dader heeft het in eigen hand: hij had kunnen afzien van zijn onrechtmatige daad.

Deze benadering is in de Verenigde Staten niet geheel onbekend. In de uit 1866 stammende zaak *Hendrickson V. Kinsbury*²⁶ overwoog de rechter in Iowa: "The damages allowed in a civil case by way of punishment, have no necessary relation to the penalty incurred for the wrong done to the public: but are called

belang.

23. Anders benaderd: waar de Staat geïnteresseerd is in de daad, de dader daarvoor aansprakelijk houdt, is het burgerslachtoffer geïnteresseerd in de gevolgen die de daad teweegbrengt: de schade. De burger is alleen geïnteresseerd in de handeling indien deze opzettelijk geschiedde, want dan komen "punitive damages" in beeld. De Staat treedt inderdaad ook op bij overtredingen die geen verdere gevolgen hebben.

24. Zo bezien mag de overheid eerst de brandstichter aanspreken terzake van overtreding van artikel 157 WvSr en daarna terzake van de brandschade die is aangebracht aan haar belastingkantoor, waarvan zij eigenaar is. Maar zij mag niet de strafrechtelijke "vorderingen" opsplitsen.

25. Men verwarre deze snelheidswedstrijd niet met die van de schuldeisers die moeten aanzien hoe de een voor de ander voldaan kan worden, terwijl zij tegen de schuldenaar niets kunnen doen, omdat hij niet Paulianus handelt. Dat is n.l. een praktisch probleem, waarbij de wetgever overigens bovendien met argusogen toekijkt. De in de tekst beschreven wedstrijd zou principieel de goedkeuring van de wetgever gegeven worden: daar is geen enkele reden voor te geven.

26. Weergegeven door Ellis jr. op cit. pag. 1011; 21 Iowa 379 (1866).

punitive damages by way of distinction from pecuniary damages, and to characterize them as a punishment for the wrong done to the individual".

Hoewel de schrijver meldt dat deze uitspraak is herhaald²⁷, maakt de schrijver tevens melding van het feit dat dezelfde rechter in andere zaken tegenstrijdig aan deze beslissing heeft geoordeeld. Wellicht dat om die reden de hier weergegeven beslissing niet in de literatuur en masse als de juiste is gezien.

Concluderend: het verbod op "double jeopardy", het ne bis in idem beginsel vormt geen obstakel tegen het aanvaarden van "punitive damages". Het beginsel moet zo begrepen worden dat het verbiedt een dubbele bestraffing door eenzelfde slachtoffer terzake van een gevolg.

b. Procedurele bescherming van de aangeklaagde

Dit onderwerp wordt niet per se gehanteerd als een argument tegen het bestaan van "punitive damages". Het ziet vooral op de vraag of de procedurele bescherming die het burgerlijk procesrecht de wederpartij van de "punitive damages" eisende partij biedt, voldoende is. Immers, zo luidt in het kort de redenering, "punitive damages" hebben een straffend karakter, dus ligt het in de rede de aangeklaagde partij de uitgebreide bescherming die het strafprocesrecht (d.w.z. de grondwettelijke bepalingen) hem biedt, ook in het burgerlijk proces van toepassing te doen zijn²⁸.

De meningen over het wel of niet toepassen van de strafrechtelijke beschermingsbepalingen in het burgerlijk procesrecht, zijn verdeeld. Zo is de schrijver van het in 1966 in de *New York University Law Review* geplaatste artikel van mening dat het pleidooi daarvoor constitutioneel niet geldig is. De "due process safeguards" die de amendementen bieden zijn volgens hem alleen van toepassing indien iemands vrijheid wordt bedreigd²⁹.

Wheeler verdedigt de tegenovergestelde mening. Het kan niet de bedoeling geweest zijn van de opstellers van het vierde, vijfde en zesde³⁰ amendement om

27. Ibid. pag. 1011, zie noot 4.1.

28. Men zie o.a. *NYULR* 1966 pag. 1180; Wheeler op. cit. o.a. pag. 329 e.v.; en Stoll op. cit. pag. 102.

29. *NYULR* 1966, pag. 1181.

30. Het vierde amendement (1791) luidt: "The rights of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not

de Staat, tegen wiens machtsuitoefening de vrijheid van het individu beschermd moet worden/in evenwicht gebracht moet worden, door het enkele benoemen van een procedure als civielrechtelijk, terwijl hij - of de burger die als "private attorney general" optreedt in een "punitive damages" procedure - de burger op dezelfde manier straft, met hetzelfde doel en effect - de gelegenheid te bieden de burger alsnog zijn grondwettelijke bescherming te ontnemen³¹.

Wheeler pleit er daarom voor alle beschermingsbepalingen - met uitzondering van die i.z. het recht op een "speedy trial" - van toepassing te doen zijn in het burgerlijke proces rond een "punitive damages" eis³².

Wheelers betoog kan ik niet onderschrijven. Zijn betoog berust op de premisse dat de bescherming die het strafrecht biedt nodig is, omdat de burger onderworpen wordt in dit soort procedures aan de "societal condemnation". Maar dat is niet de reden waarom de "Founding Fathers", het vierde, vijfde en zesde amendement opnamen (en evenmin waarom onze wetgever de vergelijkbare bepalingen in het wetboek van strafvordering en in de Grondwet opnam). Tegen de "societal condemnation" inhaerent volgens Wheeler aan dit soort procedures kan de wetgever (the Founding Fathers i.c.) niet optreden. Zoals Wheeler zelf bij herhaling opmerkt gaat het bij deze procedurele beschermingsmaatregelen om de

be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized". Deze bepaling heeft zijn strafrechtelijke equivalent in m.n. art. 27 WvSv. Het zesde amendement (1791) luidt: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor and to have the Assistance of Counsel for his defence." Deze procedurele beschermingen, afgezien van het recht op een onpartijdige jury, vinden we bij ons in de volgende bepalingen: recht op "speedy trial"; artt. 36, 135, 237 v, 242 en 244 WvSv; recht op openbaar proces (in beginsel althans; zie J.M. van Bemmelen, *Ons Strafrecht*, 4, bewerkt door Th.W. van Veen, *Het formele strafrecht*, 10e druk, 1989, par. 39) artt. 121³ GW, 20 Wet R.O.; het recht om de aard en de oorzaak van de telastelegging te kennen volgt uit het recht dat de verdachte en zijn raadsman in beginsel kennis mogen nemen van alle stukken die op het proces betrekking hebben en dat hij en zijn raadsman in beginsel de verhoren van getuigen en deskundigen mogen bijwonen (Van Bemmelen op. cit. pag. 62 e.v.) artt. 30v, 51, 137, 186, 209, 231², 303, 331 WvSv; het recht om met de getuigen tegen hem geconfronteerd te worden volgt uit de zojuist gegeven wetsartikelen; het recht om zelf getuigen à décharge op te voeren: art. 263 WvSv het recht op juridische bijstand vinden we in de artt. 28, 37 v, 40v, 51, 57, 63⁴, 89³, 99³, 186, 331 WvSv.

31. Wheeler op. cit. pag. 341.

32. Deze uitzondering vloeit voort uit het feit dat in dit proces voorlopige hechtenis niet mogelijk is.

opvatting van de opsteller: "that particular safeguards will always be necessary to maintain a proper balance between the government's exercise of power and the individual's freedom from undue interference with his life, liberty and property"³³. En die balans is in het burgerlijke procesrecht in tegenstelling tot in het strafprocesrecht wel aanwezig: in het civiele proces is de Staat op gelijke wijze als de wederpartij onderworpen aan de regels van het burgerlijk procesrecht. Deze plaatsen geen der partijen in een voordeliger positie ten opzichte van de andere partij. In het civiele proces bestaan de voordelen die het strafprocesrecht biedt aan de vervolgende overheid niet. En het is tegen de vervolgende en in het strafproces machtiger overheid dat de regels van de Amendementen bescherming bieden. Gelijk het "double jeopardy" verbod bescherming biedt tegen een tweemaal straffende overheid. Maar net zoals het "double jeopardy" verbod de bijzondere uitdrukking is van de regel dat één slachtoffer niet terzake van hetzelfde feit tweemaal mag straffen, vormen ook de regels die het zesde Amendement in strafrechtelijke procedures biedt, de bijzondere uitdrukking van algemeen geldende regels. Raadpleging van de burgerlijk procesrechtregels leert dat de in het zesde amendement gegeven bescherming³⁴ mutatis mutandis een civielrechtelijk equivalent heeft. Men zou een en ander kunnen samenvatten als het algemene beginsel van "due process". De civielrechtelijke equivalenten zijn: openbaarheid van rechtspraak, artt. 175 Grondwet, 20 RO, 18 en 62² Rv; artikel 5 lid 1, sub 3 Rv vereist dat de middelen en het onderwerp van de eis met een duidelijke en bepaalde conclusie in de dagvaarding moet zijn opgenomen (recht "to be informed of the nature and cause of the accusation"; het recht om getuigen in het proces te brengen vinden we in de artt. 104, 199³ Rv) en het recht op de bijstand van een advocaat (alleen nodig als recht waar een partij - i.c. de Overheid - in staat is, de andere partij dat te ontzeggen, en wie is daartoe bij machte in een procedure die gebaseerd is op de gelijkheid van partijen?) wordt wat betreft een deel van de werkzaamheden die de juridische assistentie omvatten zelfs verplicht gesteld in het civiele proces. Het enige wat wij niet terugvinden is het recht op een "speedy trial", maar voor zover dat is ingegeven door de mogelijkheid in het strafrecht van de voorlopige vóórprocessuele hechtenis, is daar ook geen reden voor in het civiele proces.

33. Na het verslaan van de Engelse tyrannie lijkt mij dat "societal condemnation" niet iets is wat the Founding Fathers erg vreesden.

34. Een civielrechtelijk equivalent van bescherming zoals het vierde amendement dat biedt vinden we o.a. in die niet-ontvankelijk verklaring in geval van misbruik van procesrecht; het verbod op vexatoire beslag etc.

Onjuist is ook de vereenzelviging van "punitive damages" gevorderd door een burger met de burgerlijke strafvordering ingesteld door de overheid. De burger treedt niet t.b.v. de overheid op, zoals ik reeds uiteenzette. De vorderingen kunnen heel wel gelijke kenmerken hebben, en gelijke effecten hebben, maar zij dienen twee verschillende slachtoffers.

Concluderend: hoewel "punitive damages" een vorm van (privaatrechtelijk) straffen is, vereist dit feit niet een aanpassing van de burgerlijke procesregels conform het strafrecht. Van een ongelijke positie tussen partijen is in het burgerlijk procesrecht geen sprake, zoals wel in het strafprocesrecht. Bovendien kent het burgerlijk procesrecht voor zover van belang bepalingen die een uitdrukking zijn van het algemene principe van "due process" zoals ook het strafrecht die kent, maar in welk recht de bepalingen gericht zijn tegen de overheid.

c. "Punitive damages" leiden tot excessen en rechtsonzekerheid

Een derde veel gehoord bezwaar dat wordt aangevoerd tegen het systeem, niet altijd ook tegen het bestaan zelf, van "punitive damages" luidt dat het leidt tot excessief hoge uitkeringen en dat het als gevolg van de onzekerheid die het bij potentieel aansprakelijken veroorzaakt, leidt tot verlamming. Dit is maatschappelijk zeer onwenselijk. Wat hiervan te denken?

In tegenstelling tot het Amerikaanse strafrecht dat wettelijke strafmaxima en -minima kent en waarbij de strafmaat bepaald wordt door de rechter in een tweede procedure³⁵, kent het Amerikaanse burgerlijke procesrecht in "punitive damages" procedures geen maxima en wordt de omvang van de schade door een jury vastgesteld. Deze heeft daarin zo goed als de vrije hand, want de instructie die wordt gegeven aan de jury is meestal vaag, erop neerkomend dat de juryleden in overweging moeten nemen: "...the wrongdoer's ability to pay and the grievousness of his acts, the degree of malicious intention, and potential damage which might have been done...."³⁶. Weliswaar is beroep mogelijk tegen de beslissing van de jury in deze, maar Wheeler³⁷ merkt op dat daar weer andere nadelen aan verbonden zijn, met name het ontbreken van consistente maatstaven. Het gevolg van een en ander: de eisen worden te vaak toegekend, als ze al

35. Zie o.a. *NYULR* 1966 pag. 1169.

36. Wheeler op. cit. pag. 288.

37. Wheeler op. cit. pag. 288.

terecht worden toegewezen zijn ze vaak excessief hoog (er is sprake van "overkill") vooral als men deze schaden afzet tegen de strafrechtelijke boetes die mogelijk zijn indien dezelfde gebeurtenis ook een strafrechtelijke overtreding betekent³⁸. Aan beide kanten leidt dit tot ongewenste gevolgen: de eiser krijgt een "unearned windfall" en komt daardoor in een betere positie dan hij zonder de daad was geweest³⁹ en wat de kant van de dader betreft merkt Wheeler op⁴⁰: "All of these considerations increase the expected cost of contemplated conduct and tend to inhibit the potential defendant from engaging in conduct beneficial to society."

De literatuur bevat vanwege deze bezwaren⁴¹ veel voorstellen tot een ver-

38. Wheeler *ibid.*, pag. 279. Hij geeft het voorbeeld van de boete die in California staat op opzettelijke smaad (malicious defamation), die boete bedraagt \$ 5.000, maar in civiele acties zijn bedragen tot \$ 46.000 toegekend. Men verwarre het probleem niet met wat gemeentes bij ons proberen via bijv. de gronduitgift voorwaarden. Een mooi voorbeeld is de Oxirane-affaire waarbij de gemeente Rotterdam cf. de erfpachtvoorwaarden een bedrag van f. 4.500.000,-- vorderde omdat Oxirane enkele voorschriften had overtreden. Op basis van het publiekrecht kon Rotterdam slechts een boete vorderen van enkele tienduizenden guldens. Het bedrag werd later verlaagd tot f. 37.000,-- en het geschil bereikte de Hoge Raad niet. D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten*, diss. Groningen 1982, pag. 161 ev, aan wie de hier gegeven weergave is ontleend, acht het onaanvaardbaar dat de sanctiemogelijkheden voor overtreding van gelijksoortige beleidsvoorschriften sterke verschillen vertonen al naar gelang de voorschriften hun basis vinden in het publiek- dan wel privaatrecht. Het materiële recht wordt aldus Lubach, bepaald door de aard van de rechtsverhouding en niet door het onderscheid privaat- publiekrecht. Hij vervolgt: de functies van de strafbepaling en het privaatrechtelijk boetebeding zijn wezenlijk gelijk, beide gericht op realisering van wenselijk geacht beleid. Het verschil tussen beide problemen zit naar mijn mening in het volgende. Rotterdam doorkruist niet alleen een democratisch gegeven "bevel" (niet meer dan enkele tienduizenden guldens boete te vorderen) maar door het vorderen van een privaatrechtelijke boete ter diening van hetzelfde beleid (zelfde doel) straft de gemeente dubbel. Zou de Staat Californië de "punitive damages" à \$ 46.000 vorderen dan constitueert dat in mijn visie niet alleen een doorkruising van het aan hem gegeven bevel (niet meer dan \$ 5000 mag als boete opgelegd worden), welk bevel niet aan de burger is opgelegd, die t.b.v. zichzelf eist; maar bovendien betekent dit "double jeopardy".

39. Stoll op. cit. pag. 95.

40. Wheeler op. cit. pag. 307/308.

41. Het is de vraag of de bezwaren wel door de feiten gedragen worden. In een "Survey: the legal profession" in *The Economist* van 18 juli 1992 wordt op p. 11 opgemerkt dat juries in de VS ongetwijfeld van invloed zijn op de hoogte van de schade-toekenningen. Maar studies van Rand's Institute for Civil Justice, een Californische "think tank", laten zien dat hoewel de gemiddelde jury-toekenningen sinds het midden der jaren zeventig scherp stijgen, slechts een klein deel daarvan aan het toekennen van "punitive damages" is te wijten. Sinds 1965 zijn er maar 355 toekenningen geweest. Toegenomen zijn daarentegen wel de toekenningen inzake "medical malpractice" en "pain and suffering".

andering van de procedure. Gedacht wordt daarbij met name aan wettelijke beperkingen van de omvang van de vordering, bijvoorbeeld door deze aan absolute of relatieve maxima te relateren, waarbij genoemd worden de omvang van de overige schade of de welvarendheid van de dader⁴². Splitsing van het proces zoals in het strafrecht, zodat de rechter de schade bepaalt etc.⁴³. Een simpele oplossing van dit "probleem" is natuurlijk om, zoals ik in mijn eerste artikel voorstelde, de dader zelf aansprakelijk te houden. Een van de redenen waarom bijvoorbeeld de "punitive damages" ingeval van beroepsfouten (m.n. medische) zo hoog zijn wordt gevormd door het feit dat de daders deze door hun verzekeringsmaatschappijen kunnen laten betalen. Nu er bij "punitive damages" opzet in het spel is, meer dus dan alleen een ongeluk, zijn dergelijke verzekeringsovereenkomsten in strijd met de openbare orde en derhalve nietig. Deze schade door de verzekeringsmaatschappijen te laten betalen leidt er toe dat iedere natuurlijke rem in de omvang van de te betalen vergoeding ontbreekt. Die omvang wordt begrensd door de "pijngrens" van de dader, hem moet leed worden toegebracht. Het feit dat de bedragen in de Verenigde Staten (soms) hoog zijn levert geen argument op om in ons land tegen invoering te zijn. Het maakt alleen nog eens duidelijk hoe belangrijk het is dat de dader geen schild vindt, waar achter hij zich mag verbergen^{44 45}.

The Economist merkt verder op dat weliswaar de hoge toekenningen in beroep vaak ongedaan gemaakt worden, maar dat niettemin "pain and suffering" en "to a lesser extent, punitive damages" het Amerikaanse recht minder voorspelbaar hebben gemaakt.

42. Wheeler op. cit.

43. Mallor and Roberts op. cit.

44. Zo juryleden geneigd zijn zich te identificeren met het slachtoffer, doen rechters dat met de dader. In de VS heeft dat er mede toegeleid dat men het systeem van "mandatory sentences" kent. Rechters worden zo gedwongen straffen van bepaalde minima op te leggen, die zij anders wellicht niet zouden opleggen. Zie J.P. Levine, M.C. Musheno, D.J. Palumbo, *Criminal justice, a public policy approach*, 1980, pag. 337 e.v. In de Nederlandse context is te verwachten dat de rechter het matigingsrecht zal hanteren t.e. de dader tegemoet te komen.

45. Het "probleem" van de zogenaamde "overkill" is ook interessant in deze context. "Especially in cases of products liability the tortfeasor is exposed to the danger of 'overkill' if all persons injured by a widely distributed product are separately awarded exemplary damages proportionate to the producer's culpability." Zo beschrijft Stoll op. cit. pag. 104 het probleem. Hij vervolgt dan iets verder met "It cannot be assumed that the first punitive award exhausts all further claims for punitive damages, thus precluding later plaintiffs from recovering punitive damages from the defendant. It has been suggested that only one jury be permitted to award punitive damages payable into a punitive damages fund. After the statute of limitations has run, the fund could be distributed to all those plaintiffs who have successfully brought suit against the defendant." Het probleem dat

Van de bezwaren, de problemen die de hoogte van de "punitive damages" veroorzaken, blijft bij nader inzicht niet veel over. Wel blijft overeind, zowel in de Verenigde Staten als bij ons, dat de "punitive damages" leiden tot onzekerheid, want enerzijds staat de omvang ervan niet vast zolang er geen wettelijk maximum is en anderzijds zal de wetenschap dat men een dergelijk risico loopt, of men dit effect nu waardeert of niet, leiden tot voorzichtiger handelen, zoals onzekerheid altijd doet⁴⁶. Ik kom hiermee op een punt van kritiek dat mij naar aanleiding van het eerste artikel bij herhaling werd voorgehouden. Als het de werknemer verboden wordt of kan worden regres te nemen op zijn werkgever, "dan weet hij van te voren toch niet waar hij aan toe is?" "Welke werknemer durft dan nog te handelen?" "Het plegen van een onrechtmatige daad wordt zo een roulettespel wat betreft de gevolgen. Twee daders die beiden eenzelfde onrechtmatige daad plegen (ieder op zich, beiden een ander slachtoffer makend) worden zo ongelijk behandeld, want de emotionele gekwetstheid bij A is anders dan die bij B"⁴⁷ ⁴⁸. Kortom: economische onzekerheid, verlamming van de maatschappij en rechtsongelijkheid zouden door mijn voorstel teweeggebracht worden. En zij die zich verzetten tegen "punitive damages" voeren vergelijkbare bezwaren aan.

De eerste reactie op deze kritiek was en is de volgende. Goed dat de werknemer die een onrechtmatige daad pleegt, welke daad "has been intentional and deliberate, and has the character of outrage frequently associated with crime...."⁴⁹ verlamd wordt. Hij moet niet durven *dergelijke* handelingen te verrichten, want deze handelingen mogen niet verricht worden. En ja: het plegen van een onrechtmatige daad wordt inderdaad een roulettespel wat de gevolgen van de daad betreft: "the tortfeasor takes the victim as he finds him". Voor het slachtoffer was het al een (onvrijwillig) roulettespel. Zelfs een pantoffel kan een schedel breken. Wil men zekerheid, dan richt men zich tot de dader: hij kan

Stoll hier constateert is geen probleem dat specifiek is voor "punitive damages." Het is het probleem van de debiteur die over te weinig fondsen beschikt om zijn crediteuren allen te voldoen. Een gewoon concurrentie-probleem dus.

46. Zie Reisberg op. cit. pag. 330, die expliciet op het onzekerheidsaspect wijst.

47. Deze laatste opmerking schreef drs. R. van Neer (psycholoog) in een brief aan mij n.a.v. mijn eerste artikel.

48. De kritiek is merkwaardig om twee redenen. Allereerst was daar de vrijwel algemene identificatie met de dader en niet met het slachtoffer. En bovendien: de mogelijkheid van het verbod van regres werd feitelijk door niemand betwist. Is ons systeem intrinsiek "punitiever" dan de meesten van ons zijn?

49. Prosser and Keeton on Torts, 5th ed., 1984, Minnesota, pag. 9.

afzien van de daad die hij opzettelijk wil gaan plegen. Een opzettelijke daad is er een die plaatsvindt na reflectie, de dader had bedenktijd. Wie weet dat zijn handeling niet rechtmatig is, ja wie zelfs twijfelt daaromtrent hoort van deze af te zien. Ook dat is conform het huidige recht en voor twijfel zelfs gecodificeerd in Boek 3 artikel 11 BW. Aanvaardt men de mogelijkheid niet om de werknemers aansprakelijk te houden, omdat hij slechts deed wat hem was opgedragen dan biedt men de werknemer de bescherming van een onder curatele gestelde, terwijl hij een burger is met alle burgerlijke rechten. Jazeker: de bevelgever mag ook niet buiten de verlamdende werking van "punitive damages" blijven, maar de werknemer (zijn "werktuig") die de schade daadwerkelijk toebreacht moet nergens kunnen schuilen.

Maar er is meer tegen deze argumenten in te brengen. Ik breng daartoe nogmaals in herinnering wat Wheeler opmerkte: men wordt mede door het systeem van "punitive damages" afgehouden van voor de maatschappij gunstige activiteiten. Er zit meer achter deze woorden dan men op het eerste gezicht zou vermoeden. Wat bedoelt Wheeler met voor de maatschappij gunstige activiteiten? Men realiseert zich dat deze activiteit bestond uit c.q. gepaard gegaan is met een opzettelijke onrechtmatige daad die heeft "the character of outrage frequently associated with crime...." Zijn dergelijke daden, dergelijke activiteiten gunstig voor de maatschappij? Wie bepaalt dat en hoe bepaalt men dat?

Laat ik daar het volgende over zeggen. Het lijkt onder juristen een algemeen aanvaarde stelling te zijn dat het algemeen belang gediend wordt door rechtszekerheid in het rechtsverkeer. Het privaatrecht zo citeert Nieskens-Ipshording⁵⁰ Esser/Schmidt is "das Recht der Güterbewegung". "Het reguleert" zo merkt zij verder op, "het economisch verkeer...." Welnu waar de economie zo'n belangrijke plaats inneemt in het recht ligt het in de rede de economische wetenschap af en toe te raadplegen. Een der belangrijkste "wetten" die het economische denken medebepalen is de wet van Pareto. Deze wordt wel als volgt weergegeven⁵¹: "Resources are said to be used inefficiently when it would be possible by using them differently to make at least one household better off without making any household worse off. Conversely, resources are said to be used efficiently when it is impossible by using them differently to make any one household better off without making at least one other household worse off." Passen we deze wet toe op het probleem dat ons hier bezighoudt - betreffende het

50. B.W.M. Nieskens-Ipshording, *Het feit accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg, 1991 pag. 26.

51. R.G. Lipsey and P.O. Steiner, *Economics*, sixth ed. 1981, pag. 235.

dienen van het algemeen belang met daden die juridisch als onrechtmatig gelden omdat zij schade veroorzaken - dan laat deze wet zich als volgt vertalen: een handeling is niet ten gunste van het algemeen belang wanneer het mogelijk is dezelfde handeling te verrichten op een andere manier (bijvoorbeeld produceren van produkt X maar zonder schade Y) zodat ten minste een rechtssubject er op vooruit gaat en geen enkel rechtssubject erop achteruit. Omgekeerd: een handeling is ten gunste van het algemeen belang wanneer het onmogelijk is dezelfde handeling te verrichten op een andere manier (bijvoorbeeld produceren van produkt X maar met schade Y) zodat minstens een rechtssubject er beter aan toe is zonder dat ten minste een rechtssubject er slechter aan toe is.

Wat leert deze wet ons: zodra een bepaalde activiteit gepaard gaat met vooruitgang voor minstens een persoon, maar tegelijk met achteruitgang voor eveneens minstens een persoon, dan weten wij, althans de economen, niet of het algemeen belang wel gediend is met deze activiteit. Het veel gehoorde beroep op het algemeen belang dat soms nu eenmaal gediend wordt ook al is er schade vindt geen steun in de bij mijn weten door niemand in twijfel getrokken wet van Pareto. Het opleggen van "punitive damages" werkt ongetwijfeld verlamdend, maar daarmee is nog niets gezegd over de onwenselijkheid van dat effect, nu wij niets weten over de wenselijkheid van de er door getroffen handelingen.

Er is nog meer in dit kader op te merken. Gesuggereerd wordt door Wheeler, en het is tevens een verwijt dat mij werd gemaakt naar aanleiding van het door mij bepleite verbod van regres, dat het in onze cultuur, in ons rechtsverkeer, niet gebruikelijk is de daadwerkelijke/uiteindelijke aansprakelijkheid daar te leggen, waar de beslissingsmacht/de autoriteit i.z. een bepaalde handeling ligt. Gericht als deze maatschappij is op snelheid en efficiency zou dit niet passen⁵². Ook met betrekking tot deze kritiek is het leerzaam te rade te gaan bij de economen. Een kleine casus dient ter illustratie. Oliemaatschappij X te Rotterdam vervuult aldaar de grond. De gemeenschap betaalt de schoonmaak. Wat betekent dit? De werkelijke kosten c.q. prijzen van de door deze maatschappij geproduceerde olieprodukten zijn feitelijk gesubsidieerd en in verhouding tot andere produkten goedkoper dan wel winstgeverder. De keuzes om deze produkten en niet andere in te kopen dan wel te produceren zijn gebaseerd op een fictieve ruilvoet; zijn in

52. Het argument doet denken aan de opvatting van Von Jhering, die zich verzette tegen het uitbreiden van de algemene actie uit onrechtmatige daad tot gevallen van grove schuld. Dit zou worden "zu einer wahren Geissel des Umgangs und Verkehrs." Zie R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding*, 1982, pag. 16.

de mate van de subsidie irrationeel geworden. Wat is daarop tegen? Het antwoord ligt voor de hand: de markteconomie. Een van de kenmerken van de markteconomie (en men wijst mede daarop ter verklaring van de ineenstorting van de Sovjet-economie die op een ander concept was gebaseerd) is dat de prijzen reëel zijn. Anders gezegd dat de informatie verschaffende functie van de prijs daadwerkelijk uitgeoefend kan worden. Maskeert men de informatie door kosten verborgen te houden, dan leidt dat tot een irrationele keuze en op de lange duur tot (rechts)onzekerheid. Immers vroeg of laat zal degene die schade geleden heeft van een activiteit proberen deze te verhalen op de veroorzaker⁵³. Verwerkt men nu de kosten van die schade onmiddellijk in de prijs dan weet men precies waar men aan toe is. Ontzegt men degene die "punitive damages" vordert zijn vordering dan maskeert men enerzijds de werkelijke kostprijs, en nu de dader daarmee geen rekening hoeft te houden nodigt men uit tot verdere onrechtmatige handelingen. Maar anderzijds: het slachtoffer heeft zijn schade en vroeg of laat zal de prijs daarvan zich openbaren. Hetzij doordat hij "het recht in eigen hand neemt", hetzij doordat hij als gevolg van de opgedrongen "binnenvetterij" ziek wordt, hetgeen ook geld kost. Omdat de prijs van opzettelijk gepleegde onrechtmatige daden niet vooraf te berekenen is (immers afhankelijk van het getroffen slachtoffer) zou het juridisch systeem erop gericht moeten zijn om dergelijk handelen in naam der rechtszekerheid te ontmoedigen.

Tot slot van deze paragraaf nog een laatste aan de economische wetenschap ontleende les die zich ook zeer wel leent voor toepassing op ons onderwerp. Uit het leerstuk inzake het gedrag van grote ondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen waarbij eigendom en bestuur gescheiden zijn, is het volgende af te leiden⁵⁴. Idealiter bevinden zich beslissing, betaling en genot van de genomen beslissing in één hand. Zo rusten op de beslissingnemer zowel het voordeel als het nadeel. Alleen dan wanneer de baten tegen de lasten gewogen worden maakt men een rationele keuze. Met andere woorden, de beslissingnemer wordt zo aansprakelijk gehouden in positieve en negatieve zin voor zijn daden. Wie de

53. Men zie de problematiek over de milieuvervuiling en de juridische pogingen zich aan de aansprakelijkheid te onttrekken en anderzijds de pogingen de vervuilers te laten betalen ook voor de in het verleden veroorzaakte vervuiling. Voor zover dat mislukt is het slachtoffer feitelijk gedwongen deel te nemen in de productie van een ander zonder toestemming vooraf en een tegenprestatie achteraf.

54. En ook naar deze les wordt herhaaldelijk gewezen ter verklaring van de ineenstorting van de Sovjet economie.

dader van een daad niet aansprakelijk houdt voor de (onrechtmatig)⁵⁵ door hem veroorzaakte schade brengt een scheiding aan in wat idealiter geconcentreerd moet zijn: de dader neemt de beslissing tot de daad (hij handelde immers opzettelijk) hij is ook degene die het genot ervan heeft, doch betalen doet een ander. Zo bezien is duidelijk dat ook het verwijt, althans de suggestie, dat "punitive damages" en het daadwerkelijk aansprakelijk houden van de dader, cultureel/maatschappelijk niet zouden passen niet gefundeerd is.

Concluderend: de stelling dat het toekennen van "punitive damages" tot hoge bedragen leidt is geen reëel probleem, omdat wanneer de dader de pas wordt afgesneden in zijn poging een derde de schadevergoeding te laten betalen vanzelf de omvang ervan nimmer de astronomische hoogte kan bereiken die in de VS wel bereikt wordt. De stelling dat "punitive damages" leiden tot verlamming, is hopelijk correct maar niet volledig: slechts opzettelijk gepleegde onrechtmatige daden worden er door verlamd. Er is geen bewijs voor de stelling dat het maatschappelijk belang geschaad wordt: de toepassing van de wet van Pareto laat zien dat daarover geen uitspraak is te doen. Verder leert een vergelijking met de economische wetenschap dat een systeem waarbij iemand aansprakelijk gehouden wordt voor de volledige veroorzaakte schade naadloos aansluit met wat in de markteconomie gebeurt.

d. *"Punitive damages": een bedreiging voor de vrijheid van meningsuiting?*

Deze vraag wordt in het algemeen bevestigend beantwoord⁵⁶, waarbij onmiddellijk aangetekend moet worden dat men dat gevaar niet aanwezig acht bij een veroordeling tot "gewone" schadevergoeding en of een veroordeling tot het vergoeden van de kosten van juridische bijstand⁵⁷. De kritiek spitst zich hier toe

55. Elders zal ik uiteenzetten dit ook in geval van rechtmatige daad de dader in principe zelf voor de gevolgen heeft op te komen. Dat gaat het bestek van dit artikel echter te buiten.

56. Men zie Stoll op. cit. pag. 100; men zie ook chapter 10 van dezelfde *International Encyclopedia of Comparative Law* XI, van P.D. Ollier en J-P. Le Gall, pag. 82 e.v. Verwezen wordt met name naar de Note in de *Yale Law Journal*, 1955, vol. 64, pag. 610, "Punitive damages in defamation litigation: a clear and present danger to freedom of speech".

57. Zie met name *Yale Law Journal* op. cit. pag. 615/616. Wat te denken van de individuele burger die veroordeeld wordt tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand van een grote onderneming?

op de omvang van de schadevergoeding. Aan dit onderwerp blijken bij nadere bestudering nogal wat principiële kanten te zitten, die zich niet volledig laten bespreken in een kort bestek. Met het oog op de lengte van dit artikel volsta ik hier met het volgende.

De vrijheid van meningsuiting is het recht van de spreker, zonder tussenkomst van censuur, zijn toehoorders te bereiken. Het is geen verloff om met woord en/of beeld schade te berokkenen aan medeburgers. De handeling staat vrij, mag niet gehinderd geworden, maar de gevolgen van deze handeling, zijn daarentegen onderworpen aan het gewone civiele en strafrecht. Deze vrijheid wordt geërodeerd door de incidentele gevallen waarin iemand, die schade geleden heeft door een of ander geschrift of door een beeld, de verdere verspreiding ervan *verboden* krijgt ten einde verdere schade te *voorkomen*. Ook wordt deze vrijheid belemmerd door de repressieve werking die uitgaat van "punitive damages" en zelfs wellicht ook van de gewone schadevergoeding.

Men moet het zo zien. De vrijheid van meningsuiting is een wapen dat de vrije burger mag dragen ten einde zijn vrijheid tegen de overheid te verdedigen. De bescherming van zichzelf door de overheid tegen dat wapen noemen wij censuur. De vrijheid van meningsuiting is echter geen vrijbrief om met dat wapen een andere burger aan te vallen. Het is voor de inbreuk op een recht immers irrelevant of die inbreuk geschiedde met woord en/of beeld of met een knuppel. Maar: als er geen recht geschonden is, dan is er ook geen plaats voor vergoeding: de vrijheid van meningsuiting en de verplichting tot schadevergoeding waartoe onder omstandigheden geoordeeld kan worden, vormen aldus geen uitzondering op de rest van het schadevergoedingsrecht.

Men moet in deze voor ogen houden, dat het recht op vrijheid van meningsuiting van origine een politiek - staatsgericht - karakter had en n.m.m. nog heeft. Deze vrijheid der Verlichting (waaronder ook het verbod van "double jeopardy" en het recht op "due process") is een beschermingsmiddel van en voor de burger tegen de tyrannie, de overheersing van de overheid⁵⁸. Dat het recht van vrije meningsuiting, gelijk ook het Amerikaanse recht vuurwapens te dragen, ook op de buurman gericht kan worden is misschien onvermijdelijk - en kan gezien worden als de prijs die betaald moet worden voor het hebben van deze rechten - maar dat is niet de bedoeling van dat recht. Het ligt derhalve in de rede om die prijs dan ook te laten betalen door degene die in strijd met de bedoeling van die

58. Men vergelijk ook het recht om vuurwapens te dragen dat het tweede Amendement de Amerikaanse burgers toekent. W. Cohen en J. Kaplan, in *Constitutional Law*, pag. 781, 1989, wijzen erop dat dat gegeven is tegen het despotisme en een staand leger.

vrijheid, schade veroorzaakten.

Men realiseert zich overigens dat er heel wat gebeurd moet zijn eer een rechter in deze situatie "punitive damages" toekent. Dus of de vordering van de club van dikke mensen tegen de makers van de film "Dances of the hours" gehonoreerd zal worden is zeer de vraag⁵⁹.

Concluderend: Het antwoord op de vraag: bedreigen "punitive damages" de vrijheid van meningsuiting is niet met een eenvoudig ja of nee te geven. De vrijheid van meningsuiting is een wapen dat gegeven is tegen de overheid: in dat gebruik kan van schadetoebrenging die zou leiden tot een vergoedingsverplichting nimmer sprake zijn. Maar wordt de vrijheid van meningsuiting zo gebruikt dat een individuele burger schade lijdt dan komt schadevergoeding wel in zicht en mogelijk ook "punitive damages".

Dit hoofdstuk afsluitend concludeer ik het volgende. In de Amerikaanse literatuur is het bestaan van "punitive damages" omstreden. Ik heb drie van de vele bezwaren die men genoemd vindt besproken. De conclusie is voor alle drie bezwaren gelijk: zij vormen geen obstakel voor het bestaan c.q. invoeren van een dergelijke schadevergoeding. De vraag die nu resteert is: zouden "punitive damages" in ons stelsel van schadevergoeding passen? Die vraag behandel ik nu en wel in etappes. Eerst ga ik opnieuw in op de vraag of vergelding past in het recht, en daarna zal ik tot slot deze vraag beantwoorden aan de hand van de nieuwe wet.

3. Vergelding in het (schadevergoeding)recht.

In mijn eerste artikel ben ik op deze materie ingegaan. Ik heb gewezen op de buitenlandse en binnenlandse literatuur en heb tevens op de psychologische werking van deze mogelijkheid gewezen.

Tevens merkte ik op dat voor verzoening /berouw geen plaats was in het recht⁶⁰. In zijn reactie op mijn artikel⁶¹ vraagt Den Tonkelaar waarom een

59. Maar net zozeer als men het recht op vrije meningsuiting zorgvuldig moet bewaken, moet men ook het recht om de rechter te adieren zorgvuldig koesteren en niet op voorhand bemoeilijken door de vordering in het belachelijke te trekken of te suggereren dat eisers eigenlijk maar "crybabies" zijn.

60. Zie pag. 518.

even menselijke reactie als berouw negeren? Het antwoord luidt als volgt. Wraak en berouw zijn geen tegenovergestelden. Zoals ik betoogde, vervult wreak een functie in het schadevergoedingsrecht; berouw vervult daarin geen functie. Wraak heelt het slachtoffer waar een opzettelijke onrechtmatige daad jegens hem gepleegd is. En de rechter draagt er zorg voor dat de wraakuitoefening *voldoende* is voor de heling van het slachtoffer⁶². Maar wat is de juridische relevantie van verzoening, van berouw? Berouw ("ik zie dat ik het fout deed"; "ik zal dit nooit meer doen") geeft een gedragsverandering aan. De ene burger gelijk als hij is aan de andere burger heeft een andere burger niets te leren over zijn gedrag. Wel mag de ene burger vergelden/vereffenen wat de andere burger hem aandoet, dus indien de ene burger de ander schaadde. Den Tonkelaar kent aan burgers, en zo men wil ook aan de overheid, gevaarlijke macht toe door het als normaal te verlangen dat een burger zijn gedrag verandert voor het goed van een andere burger c.q. de staat. De enige verontschuldiging die ik kan bedenken voor het met dwang veranderen van andermans gedrag is het eigen goed van die ander.

Er zit naar mijn mening een groot verschil tussen de straf (het toebrengen van leed) ten einde te hervormen en de "straf" die eveneens leed toebrengend de rekening doet vereffenen tussen dader en slachtoffer, zonder verder "maatschappelijk" doel. Deze tweede vorm van straf is de vergelding⁶³. Past dit in het privaatrecht? Bij uitstek, is mijn antwoord. Immers het "gewone" straffen doet men vanuit een paternalistische houding, vanuit een superieure houding zo men wil. Wij doen dat met kinderen voor *hun eigen goed*. Wij leren onze kinderen gevaarlijke zaken als stopcontacten, rijdende auto's etc. te vermijden en omdat het leren vermijden van deze zaken vaak niet op een normale (volwassen?) manier gebeurt, helpt straf daarbij, zoals ook beloning helpt. Vergelding daaren-

61. Gepubliceerd in NJB 8 - 9 -1990, afl. 30, pag. 1210. Op Den Tonkelaars kritiek kan ik niet uitgebreid ingaan. Wel treft het mij, dat hij, nu hij zelf toegeeft dat het strafrecht onvoldoende mogelijkheden heeft het slachtoffer te helpen, ook maar het slachtoffer zelf alle middelen om zichzelf te helpen en die onder juridische controle uitgeoefend zouden worden, op voorhand uit handen slaat.

62. De rechter beoordeelt daarbij of, gelet op de economische draagkracht van de dader, de vergoeding hem voldoende pijn bezorgt om het slachtoffer te helen. De draagkracht van het slachtoffer moet bij die leedtoevoeging buiten beschouwing blijven. Het gaat er niet om om te zien of de dader een bedrag kan betalen, maar om hem dezelfde pijn te doen voelen, die hij het slachtoffer deed voelen. Matiging door de rechter (zie art. 6:109) van de hoogte van de vergoeding laat het slachtoffer zitten met een "verarming" waarvoor geen oorzaak is aan te wijzen (zie Nieskens-Isphording op cit. pag. 35/36).

63. In deze richting gaat ook K.G. Armstrong, "The retributivist hits back", opgenomen in de bundel *The philosophy of punishment*, 1969, ed. H.B. Acton, pag. 138 e.v..

tegen wordt verricht voor het *eigen goed van het slachtoffer*. Het wordt de dader niet "opgelegd" vanuit een paternalistische ongelijke verhouding. Nee vergelding vindt plaats tussen twee gelijken. Deze gelijkheidspositie is kenmerkend voor het burgerlijke recht en daarom is wraak dus niet vreemd aan het burgerlijke recht. Met nadruk wijs ik erop dat vergelding waarschijnlijk wel een heilzame werking kan hebben op het gedrag van de dader maar dat is niet het doel. Het doel van vergelding, ik herhaal hier wat ik reeds eerder betoogde, is de heling van het slachtoffer⁶⁴ met het oog op het verleden. En al is het waar, zoals men graag in deze context opmerkt, dat het verleden niet ongedaan gemaakt kan worden: onze perceptie van het verleden kan wel veranderd worden. En deze perceptie is alles wat wij van het verleden hebben.

Civielrechtelijk ligt de mengvorm van wraak en straf (gericht als het laatste is op hervorming) moeilijker. Dit ziet op de situatie dat het slachtoffer niet alleen zichzelf wil helen met het oog op het verleden (de rekening wil vereffenen) maar ook probeert het aanbrengen van toekomstige schade (door deze dader, maar ook mogelijk door derden) wil voorkomen. Het is immers waarschijnlijk dat wraakuitoefening dit effect (hervormend en afschrikwekkend) heeft⁶⁵. Toch geloof ik dat ook deze mengvorm niet vreemd is aan het privaatrecht. Enerzijds kan men dit zien als een bij voorbaat proberen te beperken van de eigen schade (zie artikel 6: 101 BW); anderzijds is ook dit weer iets dat het slachtoffer zelf

64. Dat wraak helend werkt leert ons de praktijk van diegenen die meer dan wie ook daartoe in staat zijn. Men leze het volgende citaat, ontleend aan W. Churchill, *The Second World War*, vol. I, 1948 pag. 372: "In 1914 the spirit of the French Army and nation, burning from sire to son since 1870 was verheemently offensive". Maar hoe anders was Frankrijk in 1939: "It was now a very different France from that which had hurled itself upon its ancient foe in August 1914. The spirit of "Revanche" had exhausted its mission and itself in victory".

65. Men handelt wel in die veronderstelling. Ik verwijs nogmaals naar Churchill, op. cit. vol. I, pag. 356. In een daar gepubliceerde brief aan de Prime Minister (Chamberlain) d.d. 10 september 1939 merkt Churchill op: "I am still inclined to think that we should not take the initiative in bombing, except in the immediate zone in which the French armies are operating, where we must of course help. It is to our interest that the war should be conducted in accordance with the more humane conceptions of war, and that we should follow and not precede the Germans in the process, no doubt inevitable, of deepening severity and violence." Hoe anders echter spreekt Churchill over de Italianen, die Engeland niet konden bereiken. "All our minds ran much more on bombing Milan and Turin the moment Mussolini declared war, and seeing how he liked that." De Franse lokale bevolking, wel binnen het bereik der Italianen, keek daar anders tegen aan: "... the local authorities objected to the British bombers taking off, on the grounds that an attack on Italy would only bring reprisal upon the South of France, which the British were in no position to resist or prevent" (vol. II, pag. 109).

doet voor zijn eigen goed⁶⁶.

Ik kom tot een afronding. Het privaatrecht dient de individuele burger, het strafrecht is publiekrecht: het omlijnt de bevoegdheid van de overheid om op te treden tegen staatsburgers⁶⁷. De overheid doet dat met een beroep op het algemeen belang. Wat er van het dienen van het algemeen belang zij: het sluit niet per definitie het dienen van het individuele belang in. Het privaatrecht biedt voor dat laatste ruimte. Zoals het strafrecht gericht is op daden van ongehoorzaamheid t.a.v. de overheid, zo is het burgerlijk schadevergoedingsrecht gericht op de gevolgen van daden ten laste van individuele burgers.

4. *Passen "punitive damages" in onze wet?*

Stoll⁶⁸ merkt het volgende op: "Comparative analysis indicates that the modern evolution of tort law does not generally favor the notion of private-law penalties." Het Nederlandse nieuwe burgerlijk recht lijkt een verrassing voor hem in petto te hebben. Artikel 6:106^b codificeert de in de jurisprudentie reeds erkende vordering inzake ander nadeel dan vermogensschade indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. De Parlementaire Geschiedenis op dit artikel laat duidelijk een ontwikkeling zien, niet alleen onder de schrijvers maar ook juist bij de wetgever, die gaat in de richting van

66. In zijn *Lectures on Jurisprudence* (report of 1762-3, verwezen wordt hier naar de uitgave van de Oxford University Press, 1978, p. 104) maakt Adam Smith in dit kader behartigenswaardige opmerkingen: "The revenge of the injured which prompts him to retaliate the injury on the offender is the real source of the punishment of crimes." En op de volgende pagina lezen we: "We may likewise observe that the revenge of the injured will regulate the punishment so as intirely to answer the three purposes which the authors above mentioned mention as the intention of all punishments. For 1st., the resentment of the offended person leads him to correct the offender, as to make him <? feel> by whom and for what he suffers. Resentment is never compleatly, nor as we think nobly gratified by poison or assassination. This has in all nations and at all times been hold as unmanly, because the sufferer does not by this means feel from whom, of for what, the punishment is inflicted. - 2dly, the punishment which resentment dictates we should infliction the offender tends sufficiently to deter either him or any other from injuring us or any other person in that manner, 3dly, resentment also leads a man to seek redress or compensation for the injury he has received". Zie tevens p. 476/477.

67. Zie de bijdrage van M.S. Groenhuysen aan het *Gedenkboek 100 jaar Wetboek van Strafrecht*, 1986, "Het publiekrechtelijk karakter van het materiële strafrecht", pag. 122.

68. Stoll, op. cit. pag. 103.

erkenning van straffen als vorm van privaatrechtelijke schadevergoeding: het door de getroffen ondergane leed wordt door de vergoeding, zij het op onvolmaakte wijze, goedge maakt, zo valt in de Toelichting Meijers op dit artikel (toen nog 6.1.9.11) te lezen. En verder: "De rechter zal zich dus niet slechts hebben af te vragen hoe zwaar het slachtoffer getroffen is; hij zal ook de aard van de aan gedaagde verweten gedraging, en óók in de sub b genoemde gevallen, de schuldvraag in zijn onderzoek hebben te betrekken, alsmede de economische omstandigheden van beide partijen"⁶⁹. Ook onder de schrijvers is deze verschuiving waarneembaar. In tegenstelling tot Bloembergen⁷⁰, die straf niet als vorm van schadevergoeding ziet, meent J.J.C. van Nispen⁷¹ dat een privaatrechtelijke actie tot betaling van een boete wel aangewezen zou kunnen zijn waar bijvoorbeeld overtreding van een rechtsplicht niet of nauwelijks tot materiële schade heeft geleid⁷². Verder lijkt men in het algemeen positief te staan tegenover vergoeding van immateriële schade en van smartegeld naar "punitive damages" als vorm van schadevergoeding is geen grote stap⁷³.

Concluderend: ons recht biedt enige ruimte voor het toekennen van "punitive damages" als vorm van schadevergoeding⁷⁴. Angst voor een excessieve groei van de omvang hoeft men niet te hebben, indien men de verzekeringsovereenkomst voor dit soort schade conform de wet daadwerkelijk voor nietig houdt.

69. *Parl. Geschied.* Boek 6, pag. 377.

70. A.R. Bloembergen, serie monografieën BW *Schadevergoeding: algemeen deel* 1 pag. 6.

71. J.J.C. van Nispen, serie monografieën BW, *Sancties in het vermogensrecht*, pag. 51.

72. In de Amerikaanse literatuur wordt dit in het algemeen erkend als een terrein waar "punitive damages" uitkomst kunnen bieden, althans voorzover het niet de vrijheid van meningsuiting raakt.

73. Zie ook het artikel van H. Stoll, "Penal purposes in the Law of Tort", in *The American Journal of Comparative Law*, 1970, vol. 18. pag. 3 e.v.

74. Het Amerikaanse recht kent deze schadevergoeding toe in gevallen van onrechtmatige daad, ongeacht of deze ook strafrechtelijk geregeld zijn, maar ook in gevallen van "repressive conduct in contractual relationships", (Mallor en Roberts op. cit. pag. 658 e.v.) en zie m.n. T.J. Sullivan, "Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal charge", *Minnesota Law Review*, 1977, vol. 61:207, pag. 207 e.v.

Tot besluit

De meest principiële bezwaren die men in de Amerikaanse literatuur tegenkomt i.z. "punitive damages" hebben de toets niet doorstaan. Krachtige argumenten ontleend aan de markteconomie pleiten er voor een persoon voor zijn handelen geheel verantwoordelijk te houden. Het belangrijkste is echter dat vergelding, gericht als het is op verevening/herstel nadat een ageerder het evenwicht verstoort, past binnen het recht en in het bijzonder binnen het privaatrecht. Het privaatrecht is gericht op het dienen van het belang van de individuele burger zonder dat de ene burger geplaatst wordt boven de ander. Uitgaande van evenwicht en gelijkheid staat het privaatrecht aan de kant van het (reagerende) slachtoffer: het is de agerende dader die zich buiten de orde plaatste. Ik begon dit artikel met een citaat uit *The Economist* en ik eindig met nog een citaat uit hetzelfde artikel: "Americans spend much time suing each other partly because their society, more than other emphasises individual rights and allows its citizens to test them in court; *people in many countries would die for the chance to be so litigious*" (cursivering van mij)⁷⁵.

M.A.B. CHAO-DUIVIS

TILBURG

75. In overeenstemming met dit standpunt is het volgende ook weer aan *The Economist* (18 juli 1992, p. 4) ontleende. Het aantal advocaten per 100.000 inwoners vergelijkend van 32 landen (Pakistan leidt deze lijst, de VS komen op de tweede plaats en Nederland vóór India als nummer 31!) doet "Some Japanese suspect the cost of their happily non-litigious system is a deficiency of justice". Japan staat als nummer 16 op deze lijst.