

Punitive Damages: bestraffend en dus een 'criminal charge', maar wat dan?

AV&S 2015/23

Het debat over nut en noodzaak van 'punitive damages' heeft een nieuwe impuls gekregen met het verschijnen van het fraaie proefschrift van Lotte Meurkens eind december 2014. Een vraag die echter niet volledig beantwoord wordt in deze studie, is of punitive damages als sanctie op onrechtmatig gedrag op grond van artikel 6 EVRM als een 'criminal charge' heeft te gelden of niet. Het antwoord op die vraag is niet zonder consequenties.

Op 19 december 2014 verdedigde Meurkens haar proefschrift over 'punitive damages'.² Het betreft een fraai, zeer genuanceerd en doorwrocht boek, geschreven in een heerlijke stijl. Een boek dat inhoudelijk breed van opzet is, de nodige civilologische trekjes heeft aangezien er veel nuttig empirisch materiaal ontsloten wordt, en een boek dat vele mythes over punitive damages ontkracht. Het is een boek dat mij overtuigd heeft dat we het 'maar eens moeten proberen' in Nederland met die punitive damages. Dat zal echter niet zonder slag of stoot gaan.

Eén van de kwesties die in dit verband nog getackled moet worden (zie p. 178 e.v.), betreft de vraag in hoeverre punitive damages te verenigen zijn met de vereisten uit art. 6 EVRM. Meurkens constateert dat het in elk geval om een 'civil obligation' in de zin van dat artikel gaat, maar tevens dat het minder duidelijk is of punitive damages ook een 'criminal charge' vormen. Zij wikt en weegt op dit punt, geeft argumenten voor en tegen, maar spreekt zich uiteindelijk niet echt uit over deze kwestie, en ook verderop in het boek (het had gekund op p. 353-354) gebeurt dat niet. Wellicht doet de auteur dat niet omdat zij de strikte(re) standaarden die toegepast zouden moeten gaan worden als het om een criminal charge gaat, sowieso zou willen afzwakken; Meurkens meent dat te kunnen gronden op een ontsnappingsroute die geboden wordt in de EVRM-rechtspraak, zie met name EHRM 23 november 2006, appl.no. 73053/01 (*Jussila/Finland*).

Ik meen daarentegen, en snap eigenlijk niet goed hoe iemand dat anders zou kunnen zien, dat het redelijk eenvoudig is om punitive damages als een criminal charge te dui-

den omdat het doel daarvan nu eenmaal punitief is, zoals Meurkens in haar boek ook vaststelt (p. 45 e.v.). Daarmee valt het doek, wat mij betreft. Ook een iets technischere benadering leidt tot die conclusie: op grond van het tweede criterium ('de aard van de overtreding') ter bepaling van de vraag of er sprake is van een criminal charge, zoals vastgelegd in de rechtspraak van het EHRM (zie Meurkens, o.c., p. 181), stel ik vast dat het bij punitive damages gaat om een daaraan ten grondslag liggende normschending met een algemeen karakter, om normen die bindend zijn voor alle burgers, en dat het doel van de straf punitief is. De toetsing aan het eerste en derde criterium is daarmee overbodig geworden, zoals Meurkens terecht zelf aangeeft.

Ik begrijp overigens de aarzeling om deze schijnbaar eenvoudige conclusie te trekken. Doet men dat, dan haalt men immers diverse problemen binnen, zoals verhoogde (strafrechtelijke) bewijsstandaarden ('beyond reasonable doubt') die gehaald moeten worden, het nemo tenetur-beginsel dat opeens nageleefd moet worden, alsmede het vermoeden van onschuld dat door gaat werken in civiele procedures. Probeer je die consequenties door te rekenen, dan is het onvermijdelijke gevolg dat veel anders moet dan het nu gaat: de gedaagde die mogelijk een veroordeling tot het betalen van punitive damages te wachten staat, dient naar strafrechtelijke maatstaven beschermd te worden en dient daarmee in feite een geheel nieuwe positie in het voor het overige gewone civiele proces te worden geboden. Men zou wellicht moeten nadenken over een tweefasenstructuur om aan die extra eisen tegemoet te kunnen komen, waarbij de eventuele punitive damages pas in een tweede, geheel afzonderlijke fase van het proces aan de orde mogen komen (waarin dan de aangescherpte eisen gelden), maar of zo'n systeem werkelijk alle problemen kan oplossen, is nog maar de vraag. Waar het hier met name om gaat, is dat diit alles ook – zo mag worden aangenomen – stevige repercussies heeft voor het antwoord op de centrale vraag in het boek van Meurkens, namelijk of punitive damages een toekomst hebben in Europa. Die toekomst wordt minder helder, zo schat ik in, als punitive damages-zaken langs de strafrechtelijke meetlat zouden moeten worden gelegd. Men kan dan zelfs de vraag stellen of het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht ('public wrongs' versus 'civil wrongs'; straffen versus compenseren), dat als argument vaak een belangrijke rol speelt als het om punitive damages gaat, dan wel beslissend wordt.

Precies hierin ligt dan echter ook het grote belang dat Meurkens, en hetzelfde geldt uiteraard voor andere auteurs, zich juist wel expliciet hierover uitlaat, en de gevolgen daarvan doorrekent. De noodzaak daartoe wordt des te sterker als vervolgens vastgesteld lijkt te moeten worden dat de eerder genoemde ontsnappingsroute die Meurkens

1 Ivo Giesen is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder aansprakelijkheidsrecht en burgerlijk procesrecht, aan de Universiteit Utrecht en programmeur van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law. Deze bijdrage is eerder verschenen op het Ucall Blog, zie <http://blog.ucall.nl/>, en gebaseerd op de vraag die de auteur aan Lotte Meurkens stelde tijdens de verdediging van haar proefschrift aan Maastricht University op 19 december 2014. Citeerwijze: Prof. mr. I. Giesen, 'Punitive Damages: bestraffend en dus een 'criminal charge', maar wat dan?', AV&S 2015/23, afl. 4.

2 R.C. Meurkens, *Punitive Damages: The civil Remedy in American Law. Lessons and Caveats for Continental Europe*, Kluwer: Deventer 2014.

(op p. 182-183) opvoert – namelijk: als het om regels gaat die niet tot de kern van het strafrecht horen, zijn de strafrechtelijke garanties van art. 6 niet toepasselijk – wankel is. Wankel, omdat de portee ervan onduidelijk blijft, en omdat triviale zaken als bijvoorbeeld verkeersboetes die administratiefrechtelijk worden afgedaan, ook als punitief gezien worden, ten minste in Nederland. Bovendien kan vrijwel elk geval van aansprakelijkheid waarbij enig serieus letsel komt kijken – de zwaardere gevallen dus waarbij je aan punitive damages gaat denken – eenvoudig geclassificeerd worden als een delict dat wel degelijk in de kern van het strafrecht huist, denk aan zware mishandeling, poging doodslag, dood door schuld, etc., terwijl opzet, vaak van belang om tot punitive damages te kunnen geraken, betrekkelijk simpel te construeren is via de leer van het voorwaardelijk opzet.

Kortom, als we het debat over de mogelijke invoering van punitive damages in Nederland écht een stap verder willen brengen, is het van groot belang om helder te maken of er bij die punitive damages inderdaad sprake is van een criminal charge, en zo ja – want daar ga ik zonder afdoende tegenargumenten vooralsnog vanuit – wat daarvan dan de gevolgen zijn of moeten zijn voor de omgang met punitive damages in civiele procedures, en voor de toekomst van die punitive damages in het algemeen.