

# Een eerlijk proces in het punitive damages-debat

Citation for published version (APA):

Meurkens, R. C. (2022). Een eerlijk proces in het punitive damages-debat. *Aansprakelijkheid verzekering en schade*, (6), 217-229. Article 38.

## Document status and date:

Published: 01/12/2022

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Document license:

Taverne

## Please check the document version of this publication:

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

[Link to publication](#)

## General rights

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

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

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

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

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

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

AV&amp;S 2022/38

## Een eerlijk proces in het punitive damages-debat

Mr. dr. R.C. Meurkens, datum 16-11-2022

Datum	16-11-2022
Auteur	Mr. dr. R.C. Meurkens <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS678298:1
Vakgebied(en)	Toeslagen (V) Verbintenissenrecht (V)

*Deze bijdrage betreft de vraag of oplegging door de civiele rechter van de sanctie punitive damages moet worden aangemerkt als criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. In dat geval zijn niet alleen de algemene waarborgen van lid 1, maar ook de strafrechtelijke waarborgen van lid 2 en 3 van toepassing. Dit heeft gevolgen voor het civiele proces en voor de toekomst van punitive damages in continentaal Europa. Ter beantwoording van deze vraag zal relevante rechtspraak van het EHRM aan bod komen, alsmede de wijze waarop het recht op een eerlijk proces in het Amerikaanse punitive damages recht wordt ingevuld.*

### 1. Inleiding

De sanctie *punitive damages* heeft vooral naam gemaakt in de Verenigde Staten (hierna: VS), waar zij al sinds de achttiende eeuw wordt erkend. In bepaalde situaties van extreem wangedrag kan aan de gedaagde in een civiele procedure, naast een compensatoire schadevergoeding, veroordeling tot betaling van een extra geldbedrag in de vorm van *punitive damages* worden opgelegd.<sup>[2]</sup> De functies van deze sanctie zijn bestraffing en preventie, maar ook het beschermen van het algemeen belang, het faciliteren van privaatrechtelijke handhaving, en het compenseren van de (advocaat)kosten van eiser. Ze vervult een belangrijke instrumentele functie in het Amerikaanse *civil justice system*, waarin de burger een belangrijke rol heeft bij het voorkomen en bestrijden van alledaagse maatschappelijke problemen.

Over de invoering van *punitive damages* in continentaal Europa wordt weliswaar minder negatief dan voorheen, maar nog steeds wisselend gedacht. Een veelgenoemd obstakel voor de invoering is artikel 6 EVRM, omdat oplegging van *punitive damages* (waarmee ook de beoordeling van de vordering wordt bedoeld) door de civiele rechter eigenlijk een *criminal charge* zou zijn. Duidelijk is wel dat de sanctie meer en meer op de agenda staat.<sup>[3]</sup> Deze belangstelling is te verklaren door enerzijds een verschuiving van publiekrechtelijke handhaving naar privaatrechtelijke handhaving en anderzijds de roep om steviger sancties ter preventie en bestraffing van ernstige normschendingen binnen het privaatrecht. In deze bijdrage zal ik ingaan op de vraag of de sanctie inderdaad als *criminal charge* heeft te gelden in de zin van artikel 6 EVRM.<sup>[4]</sup> Dan zijn niet alleen de algemene waarborgen uit lid 1 van toepassing, zoals het recht op een eerlijke en openbare behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn, maar ook de strafrechtelijke waarborgen van lid 2 (de onschuldpresumptie) en lid 3 (het recht op verdediging). De algemene waarborgen uit lid 1 zijn al van toepassing in 'normale' schadevergoedingszaken, en zullen *a fortiori* ook van toepassing zijn bij *punitive damages*. Er bestaat namelijk geen twijfel over dat de *punitive damages*-vordering valt onder burgerlijke rechten (van eiser) en verplichtingen (van gedaagde), ofwel *civil rights and obligations* in de zin van lid 1. Aangezien de toepasselijkheid van de algemene waarborgen een gegeven is, zal hier verder niet uitvoerig bij worden stilgestaan.<sup>[5]</sup> In de kern gaat het in deze bijdrage over het toepassingsbereik van de strafrechtelijke

waarborgen. Over de inhoudelijke betekenis daarvan bestaan al veel naslagwerken.<sup>[6]</sup> Ik volsta daarom met enkele kernpunten uit de handleiding van het EHRM zelf. De onschuldpresumptie van lid 2 veronderstelt dat (1) rechters niet vooringenomen mogen zijn, (2) de bewijslast bij de vervolgende instantie ligt, en (3) twijfel in het voordeel van verdachte moet worden uitgelegd.<sup>[7]</sup> Als procedurele waarborg in het kader van het strafproces zelf, houdt de onschuldpresumptie onder meer in het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling en het recht om te zwijgen (*nemo tenetur*).<sup>[8]</sup> Het recht op verdediging van lid 3 moet worden gezien als bijzonder aspect van het recht op een eerlijk proces. De in lid 3, sub a tot en met e, opgesomde rechten zijn niet limitatief bedoeld.<sup>[9]</sup> Lid 2 en 3 zijn alleen van toepassing wanneer er sprake is van een *criminal charge*, een enkel uitzonderlijk geval daargelaten.<sup>[10]</sup>

De vraag is dus of deze waarborgen ook van toepassing zijn bij het opleggen van *punitive damages* door de civiele rechter en wat, bij bevestigende beantwoording, de consequenties daarvan zijn voor de civiele procedure en voor de toekomst van *punitive damages* in continentaal Europa.

## 2. Verdere afbakening en plan van aanpak

In paragraaf 3 zal eerst worden stilgestaan bij enkele onderzoeksresultaten betreffende de mogelijke invoering van *punitive damages*. Hier bouw ik voort op mijn proefschrift en latere publicaties waarin geïnteresseerden een actueel en genuanceerd overzicht kunnen vinden.<sup>[11]</sup> Het Amerikaanse recht speelt in dit onderzoek een belangrijke rol, aangezien de sanctie vooral in de VS wordt opgelegd. Ook daar wordt gediscussieerd over de vraag of het opleggen van *punitive damages* verenigbaar is met fundamentele strafrechtelijke beginselen.

Gezien de parallellen met de discussie in continentaal Europa, gaat paragraaf 4 in op de vraag hoe een eerlijk proces wordt gewaarborgd in het Amerikaanse *punitive damages* recht. Om dit goed af te bakenen, zal de grondwettelijkheid van *punitive damages* in het kader van *due process* (het recht op een eerlijk proces) worden besproken. Van belang is dat de Amerikaanse grondwet bestaat uit meerdere *Amendments*. De eerste tien *Amendments* zijn ook wel bekend als de *Bill of Rights*, en in maar liefst vijf daarvan komen *due process rights* voor.<sup>[12]</sup> Zo gaat de *Sixth Amendment* over strafrechtelijke waarborgen vergelijkbaar met die van artikel 6 EVRM:

“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.”

De discussie over *punitive damages* en *due process* concentreert zich echter niet op de *Sixth Amendment*, maar op een specifieke bepaling uit de *Fifth* en *Fourteenth Amendment* dat 'niemand mag worden beroofd van leven, vrijheid of eigendom zonder een eerlijk proces volgens de wet'. Van een echte vergelijking tussen artikel 6 EVRM en zijn Amerikaanse 'evenknie' is in deze bijdrage dan ook geen sprake. De grondwettelijkheid van *punitive damages* in het kader van de *Sixth Amendment* wordt in de VS niet als problematisch gezien, wat op zichzelf al een belangrijke bevinding is: oplegging van *punitive damages* is mogelijk zonder strafrechtelijke waarborgen.

Ook is van belang dat in het debat over de verenigbaarheid van *punitive damages* en strafrechtelijke waarborgen, verschillende waarborgen onder de noemer 'recht op een eerlijk proces' op een hoop worden gegooid. Hoewel verklaarbaar, is dit naar mijn mening niet handig en zorgt het voor een warrige discussie. Belangrijke andere beginselen zijn het *legality principle* (*nulle crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*) en *double jeopardy* (*ne bis in idem*, tevens opgenomen in de *Fifth Amendment*). Deze komen hierna alleen zijdelings aan bod, maar zijn dus wel relevant voor het *punitive damages* debat.<sup>[13]</sup> Naast strafrechtelijke beginselen zijn in het Amerikaanse debat overigens ook andere grondwettelijke beginselen - opgenomen in verschillende *Amendments* - relevant, zoals de *excessive fines clause*, maar bijvoorbeeld ook *freedom of speech and press*, *equal protection*, and *right to privacy*.<sup>[14]</sup> Op deze beginselen zal niet verder worden ingegaan.

Paragraaf 5 betreft de door het EHRM ontwikkelde criteria voor het aanmerken van een sanctie als *criminal charge*. Vervolgens wordt in paragraaf 6 gekeken naar de toepassing van de *criminal charge* op andere terreinen dan het strafrecht, waarna de vraag of de sanctie *punitive damages* als *criminal charge* heeft te gelden bevestigend wordt beantwoord in paragraaf 7. In paragraaf 8 en in de conclusie wordt afgerond met de gevolgen hiervan voor de civiele procedure. Steeds wordt aansluiting gezocht bij de visie van het EHRM zelf en bestaande literatuur in het kader van de bestuurlijke en privaatrechtelijke boete, en wordt de nadruk gelegd op de toepasselijkheid (en minder op de inhoudelijke betekenis) van de waarborgen van artikel 6 EVRM.

### 3. Waarom deze discussie: het belang van *punitive damages*

In de VS wordt overheidsbeleid voor een groot deel privaatrechtelijk gehandhaafd en speelt de civiele procedure, met *punitive damages*, *class actions* en juryrechtspraak als belangrijke wapens, een regulerende functie. Talloze wetten, zoals *securities laws*, *consumer protection laws*, *civil rights laws* (neem de *Civil Rights Act* tegen discriminatie op de werkvloer), *antitrust laws* en *environmental laws* worden er veelal privaatrechtelijk gehandhaafd.<sup>[15]</sup>

Hoewel de VS wat betreft privaatrechtelijke handhaving verschillen van continentaal Europa, zijn civiele procedures er niet in het algemeen excessief of onbeheersbaar. Uit onderzoek blijkt ook dat beweringen over het excessieve gebruik van *punitive damages* ('Amerikaanse toestanden') overdreven zijn. <sup>[16]</sup> Sowieso kan een aantal belangrijke lessen worden getrokken uit de ruime Amerikaanse ervaring met de sanctie:<sup>[17]</sup>

1. Een *punitive damages*-vordering kan alleen worden toegewezen wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan: (1) het schenden van een rechtsnorm die strekt tot bescherming van eisers belang (*invasion of a legally protected interest*), (2) een verzwarende omstandigheid in het onrechtmatige gedrag van gedaagde (*aggravated element*), en (3) werkelijk geleden schade (*actual damage*). Deze voorwaarden werpen een eerste barrière op bij de toewijzing van *punitive damages*;
2. Empirisch onderzoek toont aan dat *punitive damages* zelden worden gevorderd (in 12% van de civiele zaken) en daarnaast zelden worden toegewezen (in 5% van de gewonnen civiele zaken). Daarnaast gaat het in de meeste gevallen waarin *punitive damages* worden toegewezen, gelet op de rechtsinbreuk en de schade, om een redelijk bedrag;<sup>[18]</sup>
3. Anders dan vaak wordt gedacht, komt toewijzing van *punitive damages* relatief weinig voor in zaken die betrekking hebben op lichamelijk letsel als gevolg van nalatigheid (*negligence*), auto-ongelukken, medische fouten of productaansprakelijkheid. De reden hiervoor is dat in deze gevallen de verzwarende omstandigheid meestal ontbreekt.<sup>[19]</sup> De populaire *punitive damages*-categorieën zijn: (1) zogenaamde opzettelijke onrechtmatige daden (*intentional torts*) zoals aanranding of mishandeling, (2) zaken betreffende de inbreuk van persoonlijkheidsrechten door middel van laster of smaad (*defamation*), en (3) zaken waarin onder meer fraude, verzekeraars die te kwader trouw zijn in de afhandeling van schadeclaims of discriminatie op de werkvloer aan de orde is (*financial torts*). In deze gevallen is er juist wel sprake van een verzwarende omstandigheid;
4. Door wetgeving en de Amerikaanse *Supreme Court* (hierna: *Supreme Court*)<sup>[20]</sup> wordt met behulp van controlemechanismen de vinger aan de pols gehouden om excessen bij de toekenning van *punitive damages* te voorkomen. Dit zal in paragraaf 4 nader worden uitgelegd.

Het ontbreken van de sanctie in continentaal Europa valt te verklaren door de functies van het aansprakelijkheidsrecht (theoretisch gezien niet bestraffend), de scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht (strikt), en de rol van de overheid (minder regulering door civiele procedures, belang van sociale zekerheid en private verzekering als vergoedingssystemen).<sup>[21]</sup> Op al deze punten verschillen de VS duidelijk van continentaal Europa. Ook de wijze waarop het civiele proces is ingericht speelt een rol. In het inquisitoire

systeem in continentaal Europa ligt het initiatief bij de rechter, terwijl privaatrechtelijke handhaving juist goed past in een accusatoir systeem zoals in de VS waarin het initiatief bij partijen ligt. De *English rule* voor vergoeding van proceskosten,<sup>[22]</sup> minder gebruik van *class actions*, alsmede het ontbreken van juryrechtspraak en van een algemene *no cure, no pay*-regeling voor vergoeding van advocaatkosten, maken privaatrechtelijke handhaving minder voor de hand liggend dan in de VS. Dit is echter aan het veranderen, bijvoorbeeld door ontwikkelingen op het gebied van *class actions*. Nederland kende al de Wet collectieve afwikkeling massaschade uit 2005, maar sinds 2019 ook de Wet afhandeling massaschade in collectieve actie en in dat verband *third party funding*.<sup>[23]</sup> Ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten is ook de nieuwe Richtlijn betreffende representatieve vorderingen relevant.<sup>[24]</sup> Daarnaast is er op het gebied van *no cure, no pay* in Nederland sinds 1 januari 2014 bij wege van experiment resultaatgerelateerde beloning mogelijk in letsel- en overlijdensschadezaken. Dit experiment duurt in ieder geval tot 1 januari 2024.

Er zijn dus ontwikkelingen die inhouden dat de eerst zo verfoeide Amerikaanse toestanden nu gewoon in beeld zijn. De onterechte angst voor een claimcultuur is een terugkerend thema.<sup>[25]</sup> Daar hoort ook de toegenomen belangstelling voor *punitive damages* bij. Het debat over privaatrechtelijke handhaving concentreert zich op allerlei terreinen op Europees en nationaal niveau zoals mededinging, intellectuele eigendom, consumenten, milieu, anti-discriminatie, persoonlijkheidsrechten en mensenrechten. Binnen het privaatrecht wordt aan de schadevergoedingssanctie een handhavingselement toegekend om tegenwicht te bieden aan extreem wangedrag.<sup>[26]</sup> Het type normschending dat zich naar mijn idee voornamelijk zal lenen voor toewijzing van *punitive damages* is opzettelijk, calculerend en ernstig wangedrag (*intentional, calculative and grave misconduct*) omdat in die gevallen een stevige sanctie vaak ontbreekt terwijl ook strafrechtelijke vervolging uitblijft. Dit sluit aan bij de hiervoor genoemde populaire *punitive damages*-categorieën in het Amerikaanse recht.

Voor wat betreft het belang van *punitive damages* waren dit de kernpunten. In de volgende paragraaf staan de waarborgen voor een eerlijk proces in het Amerikaanse *punitive damages* recht centraal.

#### 4. Waarborgen voor een eerlijk proces in het Amerikaanse *punitive damages* recht

Een belangrijke reden voor de afwezigheid van *punitive damages* in continentaal Europa is gelegen in de scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht. Ook *common law*-rechtssystemen erkennen deze scheiding (althans het onderscheid) maar hechten er minder waarde aan, zo blijkt uit het feit dat het opleggen van *punitive damages* er niet door wordt gehinderd. In de VS wordt de sanctie gezien als een beleidsinstrument, een stevig middel om overheidsbeleid uit te voeren zonder dat daarbij strafrechtelijke waarborgen in acht behoeven te worden genomen.

Zo heeft het al genoemde *double jeopardy*-beginsel geen praktische waarde bij het toewijzen van *punitive damages*. Volgens de *Supreme Court* kan een reeds opgelegde strafrechtelijke sanctie het opleggen van een civielrechtelijke sanctie voor hetzelfde wangedrag niet verhinderen.<sup>[27]</sup> Het *double jeopardy*-beginsel beschermt alleen tegen het opleggen van meerdere strafsancties voor hetzelfde wangedrag. De ratio van deze algemene regel is dat de civiele sanctie voornamelijk wordt opgelegd voor het onrecht dat de eiser *in casu* is aangedaan, terwijl de strafsanctie vooral wordt opgelegd voor het onrecht dat de maatschappij is aangedaan. Bovendien maakt deze regel het mogelijk dat de civiele sanctie strafsancties aanvult.<sup>[28]</sup> In het geval van samenloop is het overigens wel gebruikelijk dat de civiele zaak moet wachten tot de strafzaak is gesloten.<sup>[29]</sup>

Ook in de VS zijn tegenstanders van *punitive damages* het er niet mee eens dat de sanctie wordt opgelegd in afwezigheid van strafrechtelijke waarborgen. In het kader van de *due process rights* in het strafproces (*Sixth Amendment*) wordt vooral het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling (*self-incrimination*) en het vereiste van bewijs zonder redelijk twijfel (*proof beyond a reasonable doubt*) genoemd. De discussie wordt gevoerd in het licht van de gelijkenis qua doel en effect tussen *punitive damages* en strafrechtelijke sancties.<sup>[30]</sup> De heersende leer is echter dat oplegging zonder strafrechtelijke waarborgen moet kunnen. De *Supreme Court* van de staat Maine heeft dit als volgt verwoord:<sup>[31]</sup>

“Furthermore, the lack of certain procedural safeguards, which are required in criminal prosecutions, do not

render the civil law unfit to serve this deterrent function. The statute books provide many examples where penalties, in the form of multiple damages payable to a private party, are imposed in civil actions for the purpose of discouraging undesirable conduct. The absence of these procedural safeguards presents no constitutional bar to the imposition of punitive damages in a civil action. The reason for requiring such safeguards in the criminal arena, the threat to the defendant of incarceration or other substantial stigma, does not justify their application in actions for punitive damages.”

Er zijn in het *punitive damages* recht wel extra waarborgen gecreëerd voor het civiele proces. In dat verband zal eerst kort worden stilgestaan bij een aantal veelgebruikte wetgevende technieken. Daarna zullen de controlemechanismen die zijn geïntroduceerd door de *Supreme Court* in het kader van de *due process rights* aan bod komen.

Wat betreft wetgevende technieken vragen de meeste staten om duidelijk en overtuigend bewijs (*clear and convincing evidence*), terwijl de gebruikelijke en lagere standaard in de civiele procedure een overwicht aan bewijs is (*preponderance of the evidence*).<sup>[32]</sup> Daarnaast hebben veel staten wetgeving waardoor een tweedeling (*bifurcation*) van de civiele procedure mogelijk is: de *punitive damages*-vordering wordt pas in een tweede fase van het proces beoordeeld, na vestiging van aansprakelijkheid en toewijzing van de compensatoire schadevergoeding in de eerste fase.<sup>[33]</sup> Ook belangrijk zijn de wettelijke limieten die zijn ingesteld om excessen te voorkomen, veelal gecombineerd met het vereiste dat het bedrag aan *punitive damages* in verhouding staat tot de compensatoire schadevergoeding.<sup>[34]</sup> Een andere belangrijke ontwikkeling is dat vage wettelijke termen betreffende de maatstaf voor aansprakelijkheid zijn vervangen door eenduidige termen. Ten slotte is de wetgeving die het mogelijk maakt dat (een deel van) het *punitive damages*-bedrag aan de staat of aan een slachtofferfonds wordt betaald vermeldenswaardig. Deze laatste maatregel ziet op voorkoming van de zogenaamde *windfall*: het gedeelte van het *punitive damages*-bedrag dat de eiser ongerechtvaardigd ten deel valt omdat het een preventieve en punitieve functie zou overstijgen.

Er zijn tevens extra waarborgen gecreëerd door de *Supreme Court* in het kader van de in paragraaf 2 genoemde *due process clause* (*Fifth en Fourteenth Amendment*). Hoewel deze rechtspraak eigenlijk meer aandacht verdient, zullen wederom alleen de kernpunten worden belicht.<sup>[35]</sup> De gedachte is dat de *due process clause* wordt geschonden indien de opgelegde sanctie niet in verhouding staat tot haar voornaamste doel, namelijk bestraffing en preventie, en tot de compensatoire schadevergoeding.<sup>[36]</sup> De wet vereist dat overheidsoptreden, waar ook het opleggen van *punitive damages* door de civiele rechter onder valt, eerlijk en redelijk is in die zin dat het consciëntieus gebeurt en het publieke belang niet zwaarder laat wegen dan het individuele belang.<sup>[37]</sup>

In de eerste zaak waarin door de *Supreme Court* een schending van de *due process clause* werd aangenomen, was er sprake van uitsluiting van *judicial review* in de grondwet van de staat Oregon.<sup>[38]</sup> Dit betreft de mogelijkheid voor de rechter om in eerste aanleg of in hoger beroep het bedrag aan *punitive damages*, dat in principe door de jury wordt bepaald, te verlagen indien het naar het oordeel van de rechter te hoog (of te laag) is.<sup>[39]</sup> Volgens de *Supreme Court* kan het gebrek aan *judicial review* leiden tot onwenselijke *punitive damages* bedragen en arbitraire ontneming van eigendom, zoals in deze zaak waarin de jury een bedrag van \$ 5 miljoen had opgelegd.<sup>[40]</sup> In zaken die volgden tussen 1996 en 2008 werd een schending van de *due process clause* aangenomen omdat er sprake was van excessieve bedragen.<sup>[41]</sup> De *Supreme Court* heeft in deze zaken richtlijnen gegeven waarmee excessieve bedragen in strijd met de grondwet kunnen worden voorkomen. Het bedrag moet redelijk zijn in verhouding tot: (a) zijn preventieve en bestraffende functie, (b) de aard van het onrechtmatige gedrag, (c) de aard van de schade, (d) de compensatoire schadevergoeding en (e) strafrechtelijke of privaatrechtelijke sancties die in soortgelijke gevallen beschikbaar zijn. Naast deze factoren kan ook de financiële positie van de gedaagde en eventuele winst die de gedaagde door het onrechtmatige gedrag heeft verkregen de hoogte van het toe te wijzen bedrag beïnvloeden.

Daarnaast is het volgens de *Supreme Court*, gelet op de functies van *punitive damages*, onmogelijk en ook onwenselijk om een heldere scheidslijn aan te brengen tussen grondwettelijke geaccepteerde en niet-geaccepteerde bedragen.<sup>[42]</sup> Voorbeelden van een onredelijke verhouding tot de compensatoire vergoeding zijn 500 staat tot 1 en 145 staat tot 1.<sup>[43]</sup> De *Supreme Court* geeft echter aan dat een ratio hoger dan 4 staat tot 1 waarschijnlijk al een schending van de *due process clause* inhoudt.<sup>[44]</sup>

“We decline again to impose a bright-line ratio which a punitive damages award cannot exceed. Our jurisprudence and the principles it has now established demonstrate, however, that, in practice, few awards

exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process. In *Haslip*, in upholding a punitive damages award, we concluded that an award of more than four times the amount of compensatory damages might be close to the line of constitutional impropriety. We cited that 4-to-1 ratio again in *Gore*. The Court further referenced a long legislative history, dating back over 700 years and going forward to today, providing for sanctions of double, treble, or quadruple damages to deter and punish. While these ratios are not binding, they are instructive. They demonstrate what should be obvious: Single-digit multipliers are more likely to comport with due process, while still achieving the State's goals of deterrence and retribution, than awards with ratios in range of 500 to 1, or, in this case, of 145 to 1."

Een lagere compensatoire schadevergoeding geeft daarnaast eerder aanleiding tot een hoge ratio dan een hoge compensatoire schadevergoeding. Als voorbeelden geeft de *Supreme Court* zeer schokkend wangedrag dat in een lage schadevergoeding resulteert, iets dat moeilijk te detecteren is (denk aan hersenschade en gevolgen die daaraan verbonden kunnen zijn zoals karakterverandering en geheugenverlies) en wanneer er sprake is van moeilijk op waarde te schatten immaterieel leed.<sup>[45]</sup> In de zaak uit 2008 werd een ratio van 1 staat tot 1 als redelijk aangewezen.<sup>[46]</sup> Dit zou een oplossing zijn voor het probleem van onvoorspelbare *punitive damages* bedragen.<sup>[47]</sup> Overigens ging het in deze zaak om een compensatoire schadevergoeding van \$ 507.5 miljoen. Dat was dus volgens de *Supreme Court* ook het maximale bedrag aan *punitive damages* dat kon worden toegewezen. Ten slotte heeft de *Supreme Court* het belang van *judicial review* benadrukt,<sup>[48]</sup> en aangegeven dat *punitive damages* niet mogen worden gebruikt om een gedaagde te straffen voor schade van een derde partij.<sup>[49]</sup>

In deze paragraaf is in grote lijnen duidelijk gemaakt hoe het recht op een eerlijk proces gestalte heeft gekregen in het Amerikaanse *punitive damages* recht. Strafrechtelijke waarborgen vergelijkbaar met die van artikel 6 EVRM spelen daarbij in ieder geval geen rol. De nadruk wordt gelegd op extra waarborgen in het civiele proces.

We gaan van het belang van *punitive damages* en de waarborgen voor een eerlijk proces in het Amerikaanse recht terug naar continentaal Europa, waar het EVRM en het EHRM het beeld bepalen. De kern is artikel 6 EVRM en de vraag of bij het opleggen van *punitive damages* sprake is van een *criminal charge*. Waar de VS niet die kant op zijn gegaan en aansturen op rechtsbescherming binnen het civiele proces, kijkt men in het Europese debat juist vooral naar strafrechtelijke waarborgen. In de volgende paragraaf wordt nu eerst ingegaan op de criteria die het EHRM heeft ontwikkeld voor aanmerking van een sanctie als *criminal charge*.

## 5. De criteria voor het aanmerken van een sanctie als criminal charge

Iedereen heeft bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (*civil rights and obligations*) of bij het bepalen van een tegen hem ingestelde vervolging (*criminal charge*) recht op de in lid 1 van artikel 6 EVRM genoemde algemene waarborgen. Het EHRM zelf maakt wat betreft lid 1 onderscheid tussen institutionele eisen (een gerecht dat onafhankelijk en onpartijdig is en bij de wet is ingesteld) en procedurele eisen (een eerlijke en openbare behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn).<sup>[50]</sup> In het geval van een *criminal charge* zijn daarnaast de strafrechtelijke waarborgen van lid 2 en 3 van toepassing. Deze procedurele eisen betreffen de onschuldpresumptie en het recht op verdediging. Het recht op een eerlijk proces omvat ook het vereiste van openbaarheid van de uitspraak en het recht op toegang tot de rechter, hoewel dit laatste niet expliciet in lid 1 wordt vermeld.<sup>[51]</sup> In het algemeen geldt sinds de uitspraak in de zaak *Golder v. The United Kingdom* dat iedereen voor de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen in principe recht heeft op toegang tot de rechter, hetgeen is herhaald in *Deweer v. Belgium* betreffende een *criminal charge*.<sup>[52]</sup>

De termen *civil rights and obligations* en *criminal charge* moeten verdragsautonoom worden uitgelegd. Dit houdt in dat het interne recht van de betrokken lidstaat van het EVRM bij de uitleg van deze termen geen doorslaggevende rol speelt.<sup>[53]</sup> Het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM wordt als gevolg van de autonome casuïstische uitleg door het EHRM steeds verder verruimd. Zo is enerzijds van belang of de uitkomst van het geding, bij welke rechter dan ook, bepalend is voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Het hoeft niet per se om een civiele procedure te gaan, ook publiekrechtelijke geschillen kunnen hieronder

vallen.<sup>[54]</sup> Het EHRM heeft lid 1 van toepassing verklaard in allerlei gevallen waarin een geschil directe en aanzienlijke financiële gevolgen of ander nadeel heeft voor een individu.<sup>[55]</sup> Anderzijds geldt ten aanzien van het begrip *criminal charge* dat ook andere dan traditioneel strafrechtelijke procedures hieronder kunnen vallen, zoals het punitief bestuursrecht.<sup>[56]</sup> De toepassing van de *criminal charge* op andere terreinen dan het strafrecht wordt in de volgende paragraaf behandeld.

Zoals vermeld zullen de algemene waarborgen van lid 1 sowieso van toepassing zijn wanneer *punitive damages* worden gevorderd. Daarnaast moeten de procedurele eisen van lid 1 in principe strenger worden uitgelegd wanneer oplegging van *punitive damages* niet alleen als *civil rights and obligations* maar tevens als *criminal charge* wordt aangemerkt. Volgens het EHRM zijn de eisen die worden gesteld aan een *fair hearing* (lid 1) bijvoorbeeld strenger in strafzaken dan in civiele zaken.<sup>[57]</sup> Dit vloeit voort uit het feit dat in civiele zaken de extra waarborgen van lid 2 en 3 ontbreken, waardoor de lidstaten wanneer het gaat om *civil rights and obligations* meer speelruimte hebben bij het opstellen van regels in het kader van een *fair hearing*.<sup>[58]</sup> In de volgende paragraaf zal echter blijken dat de strenge eisen niet voor alle *criminal charges* gelden.

In de rechtspraak van het EHRM wordt onderscheid gemaakt tussen de begrippen *charge* (de vraag wanneer er sprake is van een vervolging) en *criminal* (de vraag wanneer een vervolging een strafrechtelijk karakter heeft). Het EHRM geeft de volgende definitie van een vervolging: de officiële mededeling door een bevoegde overheidsinstantie aan een individu dat deze wordt beschuldigd van het plegen van een strafbaar feit. Een test die ook wel wordt gebruikt, is of iemands situatie aanzienlijk is aangetast (*substantially affected*).<sup>[59]</sup> Toch ligt het niet voor de hand om de twee begrippen strikt gescheiden van elkaar te toetsen. Het *criminal charge*-begrip wordt door het EHRM namelijk strategisch geïnterpreteerd, om ervoor te zorgen dat de lidstaten de waarborgen van artikel 6 EVRM niet kunnen ontlopen door bijvoorbeeld een wettelijke norm niet als strafrechtelijk te classificeren.<sup>[60]</sup> De strategische interpretatie sluit aan bij de formulering van het EHRM dat het begrip *charge* niet formeel maar materieel moet worden uitgelegd, dus dat niet moet worden gekeken naar de 'buitenkant' van de betreffende procedure maar naar de realiteit ervan. <sup>[61]</sup> Wanneer iemand bijvoorbeeld consequent wordt aangemerkt als 'overtreder' die zijn 'vervolging' kan afkopen dan is er volgens het EHRM ook zonder officiële mededeling sprake van een *charge*.<sup>[62]</sup>

Het EHRM heeft in de *Engel*-zaak criteria ontwikkeld op basis waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van een '*criminal*' *charge*: (1) de kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht, (2) de aard van de overtreding, en (3) de aard en zwaarte van de sanctie.<sup>[63]</sup>

## **(1) De kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht**

Het eerste criterium is niet zwaarwegend en vormt slechts een vertrekpunt.<sup>[64]</sup> Wanneer een overtreding naar nationaal recht tot het strafrecht behoort, dan is dit doorslaggevend. In andere gevallen zal het EHRM verder kijken dan het nationale recht en de inhoudelijke realiteit van de procedure in kwestie beoordelen.<sup>[65]</sup> Procedures die niet strafrechtelijk zijn, kunnen toch onder het begrip *criminal charge* vallen, wanneer is voldaan aan het tweede of derde criterium.

## **(2) De aard van de overtreding**

Het tweede criterium is, ook in samenhang met het derde criterium, volgens het EHRM belangrijker dan het eerste.<sup>[66]</sup> In uitgangspunt zijn het tweede en derde criterium alternatief, en is voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM voldoende dat aan een van beide is voldaan.<sup>[67]</sup> Een cumulatieve benadering is volgens het EHRM echter mogelijk indien aparte toetsing van de criteria niet tot een duidelijke conclusie leidt dat van een *criminal charge* sprake is.<sup>[68]</sup> Uit zijn rechtspraak volgt een aantal factoren waarmee bij het wegen van het tweede criterium rekening kan worden gehouden:<sup>[69]</sup>

- a. of de wettelijke norm die in kwestie is overtreden alleen is bedoeld voor een specifieke groep of een algemeen bindend karakter heeft;
- b. of de procedure is geïnitieerd door een overheidsorgaan met wettelijke



handhavingsbevoegdheden;

- c. of de sanctie een bestraffend of afschrikwekkend (*punitive or deterrent*) doel heeft;
- d. of de wettelijke norm de algemene belangen van de maatschappij wil beschermen die normaalgesproken door het strafrecht worden beschermd;
- e. of het opleggen van de sanctie afhankelijk is van de vaststelling van schuld;
- f. de classificatie van vergelijkbare procedures in andere lidstaten van de Raad van Europa.

Deze factoren zijn niet limitatief bedoeld. In de literatuur over *punitive damages* wegen factor a en c zwaar, en wordt de sanctie alleen al op basis van deze twee factoren als ' *criminal*' charge aangemerkt.<sup>[70]</sup>

### (3) De aard en zwaarte van de sanctie

Wat betreft het derde criterium is volgens het EHRM de maximaal mogelijke straf naar nationaal recht bepalend.<sup>[71]</sup> Indien er op grond van het tweede criterium sprake is van een *criminal charge*, dan kan het derde criterium hieraan geen afbreuk doen omdat de sanctie niet zwaar genoeg is.<sup>[72]</sup> Het derde criterium speelt alleen een rol wanneer op basis van de eerste twee criteria geen *criminal charge* kan worden vastgesteld, maar de sanctie zo zwaar is dat daar toch sprake van is.<sup>[73]</sup> Dat was bijvoorbeeld het geval in de *Engel*-zaak waarin de sanctie vrijheidsbeneming was, en in de *Weber*-zaak waarin sprake was van een lage strafrechtelijke boete die kon worden omgezet in vrijheidsbeneming.<sup>[74]</sup>

Het *criminal charge*-begrip is volgens het EHRM niet alleen van toepassing op strafrechtelijke procedures, maar ook op andere procedures. Het punitief bestuursrecht werd al genoemd, daarnaast kan worden gedacht aan (onderdelen van) het tuchtrecht, belastingrecht, douanerecht, financieel en economisch recht en mededingingsrecht.<sup>[75]</sup> Hierna ga ik wat dieper in op enkele belangrijke aspecten van de toepassing van de *criminal charge* op de bestuurlijke boete. Enerzijds is de bestuurlijke boete net als de privaatrechtelijke boete niet vergelijkbaar met de *hardcore* strafrechtelijke sancties. Anderzijds staat de burger in het bestuursproces net als in het strafproces tegenover de overheid, terwijl het bij de privaatrechtelijke boete om een procedure tussen private partijen gaat. Vanuit beide kanten bezien kan de situatie omtrent de bestuurlijke boete daarom waardevolle inzichten verschaffen in het kader van *punitive damages*.

## 6. Toepassing van de criminal charge op andere terreinen dan het strafrecht

Door de verdragsautonome uitleg van het begrip *criminal charge* is de bescherming van artikel 6 EVRM geleidelijk uitgebreid naar meer procedures dan alleen de traditionele strafrechtelijke procedures.<sup>[76]</sup> Het opleggen van een bestuurlijke boete wordt sinds de zaak *Öztürk v. Germany* als *criminal charge* aangemerkt.<sup>[77]</sup> In deze zaak was er sprake van schending van het recht op verdediging (lid 3, sub e). Over de reikwijdte van artikel 6 EVRM bij bestuurlijke boetes is al veel geschreven.<sup>[78]</sup> In de Algemene wet bestuursrecht is inmiddels ook een aantal waarborgen uit artikel 6 EVRM nader uitgewerkt. Het is in het kader van deze bijdrage vooral interessant om te weten hoe er bij bestuurlijke boetes met deze waarborgen wordt omgegaan. Vanuit dat perspectief sta ik bij vier kernpunten stil:<sup>[79]</sup>

1. Ten eerste zijn de uit artikel 6, lid 1, EVRM voortvloeiende eisen van *full jurisdiction* en evenredigheid (of proportionaliteit) van belang. Kort gezegd houdt dit in dat de nationale rechter bevoegd moet zijn alle feiten en rechtsnormen die relevant zijn voor het geschil te toetsen. De toetsing moet daarnaast indringend zijn: gekeken wordt naar de evenredigheid tussen enerzijds de hoogte van de punitieve sanctie, en anderzijds de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid;

2. Ten tweede gelden voor bestuurlijke boetes bijzondere waarborgen ten aanzien van het bewijs die in verband staan met de onschuldpresumptie van artikel 6, lid 2, EVRM. Zo worden er strenge eisen gesteld aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit, en ligt de bewijslast ten aanzien van de (rechts)feiten bij het boete-opleggende orgaan. Dat er aan de bewijsvoering strenge eisen worden gesteld betekent overigens niet dat in de sanctiewetgeving niet mag worden gewerkt met rechtsvermoedens waarbij uit bepaalde feiten of omstandigheden wordt afgeleid dat een overtreding is begaan. Deze rechtsvermoedens zijn niet in strijd met de onschuldpresumptie, mits het recht op verdediging in acht wordt genomen en ten aanzien van de feiten en omstandigheden tegenbewijs kan worden ingebracht;
3. Ten derde geldt ten aanzien van de redelijke termijn van lid 1 dat deze in het bestuursrecht begint te lopen op het moment dat duidelijk is dat er een geschil bestaat met de overheid. Meestal is dit het moment van indiening van het bezwaarschrift. Overschrijding van de redelijke termijn wordt veelal gecompenseerd door mitigering van de bestuurlijke boete;
4. Ten vierde zijn bij de oplegging van bestuurlijke boetes een aantal speciale verdedigingsrechten van toepassing die merendeels te vinden zijn in lid 3 van artikel 6 EVRM, en geldt daarnaast het eerdergenoemde *nemo tenetur*-beginsel. Dit houdt onder meer in dat de overtreder op de hoogte wordt gebracht van de aard en reden van de beschuldiging en van de gronden waarop de boete berust, en dat alles wordt gedaan om hem in staat te stellen zich adequaat te verdedigen. Daarnaast mag het opleggen van de sanctie niet worden gebaseerd op bewijsmateriaal dat door uitoefening van dwang of druk en tegen de wil is verkregen.

Wanneer eenmaal sprake is van een *criminal charge*, en dat label is dus op steeds meer procedures geplakt, zijn volgens het EHRM niet per definitie alle waarborgen strikt van toepassing.<sup>[80]</sup> Volgens het EHRM mag in zaken die niet tot de harde kern van het strafrecht behoren een minder strikt regime worden toegepast, zoals bepaald in procedures over een belastingrechtelijke boete (van € 308,80), bestuurlijke boete (van € 72) voor niet naleving APK-plicht, kleine verkeersovertreding, en bestuurlijke boete (van € 62) voor het faciliteren van een bordeel.<sup>[81]</sup> In de zaak over de belastingrechtelijke boete leidde het feit dat er geen hoorzitting had plaatsgevonden niet tot schending van artikel 6 EVRM, aangezien er sprake was van een *criminal charge* 'of differing weight' en het evident is dat er zaken zijn 'which do not carry any significant degree of stigma'.<sup>[82]</sup> De boete in kwestie verschilt van de *hardcore* strafrechtelijke sancties, waarbij ook het kleine boetebedrag van belang kan zijn.<sup>[83]</sup> Dit laatste is echter niet doorslaggevend, aangezien het EHRM verwijst naar twee eerdere zaken over hogere belastingrechtelijke boetes waarin eveneens geen schending van artikel 6 EVRM was aangenomen.<sup>[84]</sup> Het gaat er dus vooral om dat de boetes niet tot de harde kern van het strafrecht behoren. Het criterium van de zwaarte van de sanctie kan wel gebruikt worden om verschil aan te brengen tussen ingrijpende en minder ingrijpende *criminal charges*. Het EHRM kiest daarmee voor een differentiatie in beschermingsniveau: niet alle *criminal charges* verdienen de volledige rechtsbescherming van artikel 6 EVRM, sommige minder ingrijpende *criminal charges* kunnen met een lager beschermingsniveau toe.<sup>[85]</sup> Hoewel duidelijk is dat het gaat om de procedurele eisen wordt in deze uitspraak - waarnaar in de literatuur het meest wordt verwezen - niet verduidelijkt ten aanzien van welke waarborgen, anders dan het recht op een hoorzitting, gedifferentieerd mag worden.<sup>[86]</sup> In latere uitspraken gebeurt dit wel, en geeft het EHRM aan dat het minder strikte regime zich uitstrekt over andere procedurele waarborgen zoals de aanwezigheid van een verdachte tijdens het verhoor.<sup>[87]</sup> Volgens het EHRM:<sup>[88]</sup>

"Therefore, in each case, when assessing whether the requirements of a fair trial have been met, the Court must examine the manner in which the applicant's interests were actually presented and protected in the proceedings and particularly in the light of the nature of the issues to be decided by the domestic courts."

Met andere woorden kunnen er in iedere casus bijzondere omstandigheden zijn die afwijking van de procedurele eisen in het kader van een eerlijke behandeling rechtvaardigen.<sup>[89]</sup>

In de volgende paragraaf zal de vraag of het opleggen van *punitive damages* inderdaad als *criminal charge* heeft te gelden worden beantwoord.

## 7. Het opleggen van punitive damages is een criminal charge

Over de vraag of het opleggen van een privaatrechtelijke boete door de civiele rechter dient te worden aangemerkt als *criminal charge* heeft het EHRM zich naar mijn weten slechts een keer gebogen. In de zaak *Blake v. The United Kingdom* is de verplichting tot betaling van *restitutionary damages*, een boete in de vorm van winstafdracht na een contractbreuk, als een *civil obligation* aangemerkt waardoor de strafrechtelijke waarborgen niet van toepassing zijn.<sup>[90]</sup> Aangezien deze zaak specifiek over een contractbreuk gaat, wordt in de literatuur geopperd dat de betreffende beslissing zich er niet tegen verzet om het opleggen van *punitive damages* in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht als *criminal charge* aan te merken.<sup>[91]</sup> Met de titel van deze paragraaf is mijn opvatting al duidelijk: het opleggen van *punitive damages* door de civiele rechter dient gegeven de door het EHRM ontwikkelde criteria te worden aangemerkt als *criminal charge*. Hierna zal ik toelichten waarom dat zo is.

In paragraaf 5 is uitgelegd dat in principe eerst zal moeten worden gekeken of er sprake is van een *charge*. Bij een *punitive damages*-vordering in een civiele procedure zal er van een officiële mededeling door een bevoegd overheidsorgaan inzake de beschuldiging van een strafbaar feit geen sprake zijn. Het feit dat het initiatief niet bij de overheid maar bij een private partij ligt, wordt in de literatuur aangevoerd als argument dat in het geval van *punitive damages* nooit sprake kan zijn van een *charge*.<sup>[92]</sup> Daar ben ik het niet mee eens, aangezien van een *charge* ook sprake kan zijn indien iemands situatie aanzienlijk is aangetast, waartoe zowel het indienen van de vordering door eiser als het opleggen van *punitive damages* door de civiele rechter kan leiden.<sup>[93]</sup> Ook zal, in het kader van de strategische interpretatie van het *criminal charge*-begrip, het aanmerken van *punitive damages* als ‘*criminal*’ van invloed zijn op de vraag of iemands situatie aanzienlijk is aangetast. Zo heeft het EHRM in een procedure over smaad die was opgestart door een klacht van een private partij geoordeeld dat er sprake was van een *charge*.<sup>[94]</sup> De reden hiervoor was het strafrechtelijke karakter van de procedure, aangezien smaad strafbaar was volgens het Zwitserse federale wetboek van strafrecht. Ten slotte is het uiteindelijk de overheid - namelijk als wetgever en rechter - die de sanctie mogelijk maakt, en zijn er gelijkenissen tussen het uitbrengen van een dagvaarding waarin een punitieve sanctie wordt gevorderd door een deurwaarder en de officiële mededeling door een bevoegd overheidsorgaan inzake de beschuldiging van een strafbaar feit.<sup>[95]</sup> Dit alles is volgens mij in lijn met de materiële uitleg van het begrip door het EHRM, waarin naar de realiteit van de procedure moet worden gekeken, en voldoende om te kunnen spreken van een *charge*.

Vervolgens moet worden beoordeeld of de sanctie onder het begrip *criminal* valt. Dit gebeurt aan de hand van de drie criteria: (1) de kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht, (2) de aard van de overtreding, en (3) de aard en zwaarte van de sanctie.

Aan het eerste criterium is niet voldaan aangezien het niet gaat om strafrechtelijk genormeerde overtredingen, maar om extreem wangedrag in een privaatrechtelijke context. Aangezien het eerste criterium niet doorslaggevend is, kan een sanctie vervolgens toch worden aangemerkt als *criminal* indien aan het tweede of derde criterium is voldaan. In het geval van *punitive damages* zal, na weging van de genoemde factoren (a tot en met f), mijns inziens aan het tweede criterium zijn voldaan. In ieder geval geldt met betrekking tot de aard van de overtreding dat het een wettelijke norm betreft die een algemeen bindend karakter heeft (factor a). *Punitive damages* worden ingezet om de naleving van algemeen geldende normen te verzekeren, waarmee niet alleen wordt gedoeld op strafrechtelijke normen maar bijvoorbeeld ook op de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm.<sup>[96]</sup> Ook gaat het om een sanctie die een bestraffend of afschrikwekkend doel heeft (factor c). Immers is de functie van *punitive damages* onder meer bestraffing en preventie. Daarnaast hangt het van de casus af of de wettelijke norm algemene belangen van de maatschappij beschermt die normaalgesproken door het strafrecht worden beschermd (factor d): bij opzettelijke onrechtmatige daden is dat bijvoorbeeld aannemelijker dan bij verzekeraars die te kwader trouw zijn. Ook zal het opleggen van de sanctie in de meeste gevallen afhankelijk zijn van de vaststelling van schuld (factor e), maar ligt dit mogelijk anders bij risicoaansprakelijkheid. De laatste twee factoren zijn niet van toepassing. De procedure is niet geïnitieerd door een overheidsorgaan met wettelijke handhavingsbevoegdheden (factor b), maar door een private partij. De classificatie van vergelijkbare procedures in andere lidstaten (factor f) helpt ook niet mee omdat de meeste andere lidstaten niet bekend zijn met het opleggen van *punitive damages*, en omdat zij die de sanctie wel

erkennen - namelijk Engeland en Wales (als onderdeel van de lidstaat Verenigd Koninkrijk), Ierland en Cyprus - deze als civielrechtelijk kwalificeren. Dit neemt echter niet weg dat de sanctie op grond van het tweede criterium als *criminal* moet worden aangemerkt. In dat geval hoeft niet ook aan het derde criterium te zijn voldaan. Om discussie daarover alvast te voorkomen kan de hoogte van het *punitive damages*-bedrag, of dit nu hoog dan wel laag is, dus geen afbreuk doen aan het bestraffende karakter op grond van het tweede criterium. Het derde criterium is alleen relevant indien de sanctie op basis van het tweede criterium niet als *criminal* is aangemerkt. Dan zou de hoogte van de sanctie wel van invloed kunnen zijn, maar volgens mij hoeven we aan die stap niet toe te komen.

Hoewel er gelet op bovenstaande bij de oplegging van *punitive damages* sprake is van een *criminal charge*, behoort de sanctie niet tot de *hardcore* strafrechtelijke sancties aangezien deze, gezien in de privaatrechtelijke context, niet zo zwaar en stigmatiserend is als bijvoorbeeld vrijheidsbeneming. Een lager beschermingsniveau bestaande uit minder procedurele waarborgen is in dat geval gerechtvaardigd.

Welke consequenties heeft dit voor het *punitive damages*-debat? Voor de toekomst van *punitive damages* in continentaal Europa betekent het dat invoering van de sanctie niet zomaar mogelijk is, omdat de strafrechtelijke waarborgen niet zijn ontwikkeld voor de civiele procedure en vice versa. Er zijn vervolgens drie manieren om daaraan tegemoet te komen bij invoering van *punitive damages*. In de eerste optie wordt het civiele proces bij oplegging van *punitive damages* ingericht zoals het strafproces. Dit lijkt mij een onnodige en ook lastig uitvoerbare operatie. In de tweede optie is het de strafrechter die *punitive damages* oplegt nadat de vordering door een benadeelde partij is ingediend bij de strafrechter in plaats van bij de civiele rechter.<sup>[97]</sup> Het nadeel hiervan is dat er alleen sprake kan zijn van *punitive damages* indien er ook een strafzaak is gestart. In de derde optie geldt voor oplegging van *punitive damages* door de civiele rechter een specifiek regime dat weliswaar verschilt van dat in het strafrecht en bestuursrecht, minder rechtsbescherming namelijk, maar tegelijkertijd meer rechtsbescherming biedt dan in normale schadevergoedingszaken het geval is. Deze laatste manier verdient de voorkeur, zoals ik al heb betoogd in mijn proefschrift.<sup>[98]</sup> Zo wordt immers aan de ene kant recht gedaan aan het feit dat het om een civiele zaak gaat, en aan de andere kant recht gedaan aan de vereisten die, gegeven de bijzondere aard van *punitive damages* als schadevergoedings sanctie, ter bescherming van de gedaagde uit de rechtspraak van het EHRM voortvloeien.

De vraag is nu waar de bescherming van artikel 6 EVRM uit moet bestaan. Dit zal aan bod komen in de laatste paragraaf.

## 8. Gevolgen voor de civiele procedure

In civiele procedures gelden in ieder geval de algemene waarborgen van lid 1. Nu in de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de oplegging van *punitive damages* als *criminal charge* dient te worden aangemerkt, gelden ook de strafrechtelijke waarborgen van lid 2 en 3. Ook zijn de procedurele eisen van lid 1 bij een *criminal charge* in principe strenger dan bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen.

Gelet op de rechtspraak van het EHRM zullen de eisen bij het opleggen van *punitive damages* waarschijnlijk minder streng zijn. Volgens het EHRM zijn niet per definitie alle waarborgen strikt van toepassing wanneer er sprake is van een *criminal charge*. Sancties die niet tot de *hardcore* strafrechtelijke sancties behoren kunnen aanleiding geven tot een lager beschermingsniveau voortvloeiend uit artikel 6 EVRM.<sup>[99]</sup> In de rechtspraak wordt afgeweken van de procedurele eisen in lid 1 in het kader van een *fair hearing*. Deze eisen zijn minder streng in die zin dat bijvoorbeeld mag worden afgeweken van de vereisten van een hoorzitting en de aanwezigheid van verdachte tijdens het verhoor. Ten aanzien van de procedurele eisen van lid 2 en 3 is naar mijn weten door het EHRM nog geen duidelijkheid geschapen over de vraag hoe een minder streng regime eruit kan zien.<sup>[100]</sup> Dit maakt het lastig om iets definitiefs te zeggen over toepassing van de onschuldpresumptie en het recht op verdediging. Om te weten hoe het beschermingsniveau eruit kan zien voor *punitive damages* zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de bestuurlijke boete, en dan met name de vier kernpunten die zijn vermeld in paragraaf 6. Met enig passen en meten zijn deze kernpunten in de civiele procedure in te passen om de oplegging van *punitive damages* met voldoende waarborgen te omkleden. Ik zal

dit hier nader toelichten.

In ieder geval moet net als bij de bestuurlijke boete worden voldaan aan de uit lid 1 voortvloeiende eisen van *full jurisdiction* en evenredigheid. De rechter moet bevoegd zijn alle feiten en rechtsnormen die relevant zijn voor het geschil te toetsen. De toetsing moet indringend gebeuren: gekeken wordt naar de evenredigheid tussen enerzijds de hoogte van de sanctie, en anderzijds de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. Voorts is het Nederlandse civiele proces nu al zo ingericht dat zowel de institutionele eisen als de procedurele eisen van lid 1 worden nageleefd. De reikwijdte van het recht op een eerlijke behandeling is in dit verband het meest interessant. Dit bestaat uit de volgende onderdelen: (1) het recht om gehoord te worden, (2) het recht op gelijke proceskansen (gelijkheid der wapenen), en (3) het recht op een deugdelijke motivering van uitspraken.<sup>[101]</sup>

## (1) Het recht om gehoord te worden

Ten aanzien van het eerste onderdeel is het voor toewijzing van *punitive damages* nodig dat het beginsel van hoor en wederhoor (artikel 19 Rv) in acht is genomen. Dit wil zeggen dat beide partijen het recht hebben om - mondeling of schriftelijk - te worden gehoord, zich op feiten en rechten te beroepen en bewijs te leveren.<sup>[102]</sup> Een extra waarborg kan zijn dat niet-verschijning van de gedaagde niet zonder meer kan leiden tot verstekverlening en toewijzing van de *punitive damages*-vordering van eiser, wat in de huidige civiele praktijk overigens al niet zomaar gebeurt met vorderingen.<sup>[103]</sup> In lijn met de rechtspraak van het EHRM en het lagere beschermingsniveau kan hier echter ook van worden afgeweken, in die zin dat de verschijning van gedaagde niet verplicht is.

## (2) Het recht op gelijke proceskansen

Ten aanzien van onderdeel twee geldt in de civiele procedure dat partijen dezelfde kansen hebben om hun standpunt te verdedigen. In strafzaken is dit nog belangrijker dan in civiele zaken omdat het karakter van de strafrechtelijke procedure een fundamentele ongelijkheid met zich meebrengt. Zo heeft de strafrechter meer onderzoeksbevoegdheden dan de civiele rechter. Om deze reden staan er in artikel 6, lid 3, EVRM extra waarborgen in het kader van het recht op verdediging.<sup>[104]</sup> Nu er in het civiele proces geen sprake is van een fundamentele ongelijkheid zoals in het strafproces, lijkt het mij niet nodig om alle waarborgen uit lid 3 strikt van toepassing te verklaren. Wel denk ik direct aan het recht op rechtsbijstand, dat is neergelegd in lid 3, sub c. In veel civiele zaken is procesvertegenwoordiging bij rechtbanken en gerechtshoven al verplicht, en in het geval van *punitive damages* lijkt me dat ook noodzakelijk. Dit betekent concreet dat *punitive damages* niet door de kantonrechter dan wel in een kort geding mogen worden toegewezen, aangezien in die gevallen partijen in persoon mogen procederen.<sup>[105]</sup> Daarnaast is het net als bij de bestuurlijke boete nodig dat de gedaagde op de hoogte wordt gebracht van de aard en reden voor instelling van de *punitive damages*-vordering en van de gronden waarop de toewijzing gebeurt, waaronder ook het recht op een tolk kan vallen (lid 3, sub a en e). Dit is gemakkelijk in te passen door voorwaarden te stellen aan de dagvaarding en motivering van de rechterlijke uitspraak. Ook het bewijsrecht is voor de gelijke proceskansen van groot belang. Wat betreft het strafproces is dit neergelegd in lid 3, sub d, te weten het recht om getuigen à charge te (doen) ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge. In het civiele proces is dit gewaarborgd in artikel 151, lid 2, Rv: wanneer een partij gerechtigd is tot bewijs, dan is de wederpartij gerechtigd tot tegenbewijs.<sup>[106]</sup> In het kader van de onschuldpresumptie en het *nemo tenetur*-beginsel moeten enerzijds strenge eisen worden gesteld aan de bewijsvoering en motivering van de rechterlijke uitspraak. Zo mag het opleggen van *punitive damages* niet worden gebaseerd op bewijsmateriaal dat door uitoefening van dwang of druk en tegen de wil is verkregen, denk aan afgedwongen mondelinge en schriftelijke verklaringen.<sup>[107]</sup> Ook zal een gedaagde voordat hij wordt gehoord op zijn zwijgrecht moeten worden gewezen (vergelijkbaar met de cautie ex artikel 29, lid 2, Sv). Voor extra zekerheid zou dit ook al in de dagvaarding kunnen gebeuren, aangezien de verschenen gedaagde na de dagvaarding de conclusie van antwoord zal nemen.<sup>[108]</sup> Anderzijds zijn bijvoorbeeld rechtsvermoedens ook bij de bestuurlijke boete niet in strijd met de onschuldpresumptie, mits het recht op verdediging in acht wordt genomen en ten aanzien van de feiten en omstandigheden tegenbewijs kan worden ingebracht. Het argument dat de onschuldpresumptie mogelijk op gespannen voet staat met risicoaansprakelijkheden en

aansprakelijkheidsvermoedens lijkt mij derhalve geen probleem te vormen.<sup>[109]</sup> Een belangrijk verschil met de bestuurlijke boete is dat de bewijslastverdeling bij *punitive damages*-vorderingen anders uitpakt. De bewijslast ten aanzien van de (rechts)feiten ligt immers niet bij een overheidsorgaan, maar bij eiser op grond van de hoofdregel in artikel 150 Rv (wie stelt, bewijst). Dit lijkt mij verdedigbaar omdat er, anders dan in het straf- en bestuursproces, opnieuw geen sprake is van fundamentele ongelijkheid tussen eiser en gedaagde. De eiser zal dus feiten moeten stellen voor het rechtsgevolg waarop de *punitive damages*-vordering is gebaseerd.<sup>[110]</sup> Indien uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit, kan de rechter de bewijslast van een partij verlichten of omkeren. Voorbeelden waarin sprake zou kunnen zijn van omkering van de bewijslast zijn de situatie dat *punitive damages* worden gevorderd van een verzekeraar die te kwader trouw is in de afhandeling van schadeclaims, of van een werkgever in verband met discriminatie op de werkvloer. Wat betreft de bewijsstandaard geldt in het civiele procesrecht dat voldoende is dat de rechter een redelijke mate van zekerheid over de te bewijzen feiten krijgt. Bij feiten die naar hun aard niet bewezen kunnen worden, volstaat dat deze voldoende aannemelijk worden. Daarnaast hoeven alleen de feiten die door de wederpartij zijn betwist en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden te worden bewezen (artikel 149, lid 1, Rv).<sup>[111]</sup> Een mogelijkheid om aan de strenge eisen in het kader van de bewijsvoering te voldoen, is het instellen van een hogere bewijsstandaard bij *punitive damages* zoals in de VS. In plaats van een redelijke mate van zekerheid zou er dan sprake moeten zijn van duidelijk en overtuigend bewijs alvorens *punitive damages* kunnen worden toegewezen.

### (3) Het recht op een deugdelijke motivering van uitspraken

Ten aanzien van onderdeel drie geldt dat het recht op een deugdelijke motivering al is neergelegd in artikel 121 Grondwet en artikel 30 Rv. De criteria die in de Nederlandse rechtspraak zijn ontwikkeld ten aanzien van de motiveringsplicht zijn strenger dan de criteria in het kader van artikel 6 EVRM, aangezien het EHRM minimumgrenzen aangeeft.<sup>[112]</sup> Het lijkt mij desondanks van groot belang dat strenge eisen worden gesteld aan de motivering van de toewijzing van *punitive damages*. Daarbij kan worden gedacht aan een verhoogde motiveringsplicht.<sup>[113]</sup> De richtlijnen om excessieve bedragen te voorkomen van de Supreme Court kunnen bijvoorbeeld worden gevolgd.

Zo zou het niveau van rechtsbescherming dat op grond van artikel 6 EVRM moet worden geboden er in grote lijnen uit kunnen zien bij oplegging van *punitive damages*. Uiteraard moet dit nader worden uitgewerkt door meer onderzoek en hopelijk nieuwe rechtspraak van het EHRM. Een volgende noodzakelijke stap is het maken van een praktische vertaalslag, waarbij in ieder geval de volgende vragen van belang zijn:

- Hoe zou het beschermingsniveau in het kader van het recht op een eerlijke behandeling (lid 1 van artikel 6 EVRM), en dan met name de drie onderdelen die hiervoor zijn genoemd, er verder uit kunnen zien?
- Hoe moeten de onschuldpresumptie en het recht op verdediging (lid 2 en 3 van artikel 6 EVRM) worden toegepast, zolang het EHRM ten aanzien van deze procedurele eisen geen duidelijkheid verschaft over de vraag hoe een minder streng regime eruit kan zien?
- Welke rol kunnen de extra waarborgen spelen die in het kader van het recht op een eerlijk proces in het Amerikaanse *punitive damages* recht zijn opgenomen (denk aan de hogere bewijsstandaard, tweedeling van de civiele procedure, duidelijke maatstaven voor aansprakelijkheid, en wettelijke limieten alsmede richtlijnen van de *Supreme Court* om excessieve bedragen te voorkomen)?
- Zou het initiatief voor invoering van *punitive damages* bij de wetgever of bij de Hoge Raad moeten liggen? Voor de rechtszekerheid heeft het misschien de voorkeur wanneer de wetgever het initiatief neemt, terwijl de Hoge Raad ruimte heeft om te experimenteren met de omvang van de schadevergoedingsplicht in gevallen van opzettelijk, calculerend en ernstig wangedrag.<sup>[114]</sup> Het voordeel van een dergelijk experiment is dat de praktische vertaalslag eigenlijk vanzelf wordt gemaakt (denk aan het experiment resultaatgerelateerde beloning in letsel- en

Beantwoording van deze vragen zal helpen om erachter te komen hoe het verder moet met *punitive damages*. Tegelijkertijd leert mijn ervaring in dit debat dat er geen panklare oplossingen zijn, en dat gevoelens die worden veroorzaakt door de systeemvreemdheid van de sanctie niet zomaar zijn weggenomen. Liever dan met vragen of oplossingen, sluit ik deze laatste paragraaf daarom af met de opmerking dat de tijd zal leren hoe het zich uitkristalliseert.

## 9. Conclusie

Op grond van de huidige criteria van het EHRM moet het opleggen van *punitive damages* door de civiele rechter worden aangemerkt als *criminal charge*. Hoewel de ' *criminal limb*' van artikel 6 EVRM oorspronkelijk niet is bedoeld voor privaatrechtelijke sancties, aangezien daarop in beginsel alleen de ' *civil limb*' van toepassing is, kan toepassing van de door het EHRM ontwikkelde criteria moeilijk tot een andere conclusie leiden dan dat er sprake is van een *criminal charge*. Hierdoor zijn niet alleen de waarborgen van lid 1, maar ook die van lid 2 en 3 van toepassing. Dit vormt wat mij betreft echter geen obstakel voor de invoering van *punitive damages*. In lijn met de rechtspraak van het EHRM is een specifiek beschermingsregime in te passen in de civiele procedure dat goed aansluit bij de huidige beginselen van burgerlijk procesrecht en bij de waarborgen in het Amerikaanse *punitive damages* recht. Dit regime biedt minder rechtsbescherming dan bij de bestuurlijke boete en *hardcore* strafrechtelijke sancties, maar tegelijkertijd meer rechtsbescherming dan in normale schadevergoedingszaken. Samenvattend zou ik me over het recht op een eerlijk proces bij het opleggen van *punitive damages* niet te veel zorgen maken en net als in de VS aansturen op rechtsbescherming binnen het civiele proces. Het zou wel daarbij behulpzaam zijn dat er een praktische vertaalslag wordt gemaakt, en dat het EHRM iets meer richting geeft aan dit debat door specifiek voor *punitive damages* te bepalen dat dit een *criminal charge* ' *of differing weight*' is waarvoor minder strikte waarborgen gelden aangezien het geen *hardcore* strafrechtelijke sanctie betreft.

---

## Voetnoten

[1] Mr. dr. R.C. (Lotte) Meurkens is universitair docent privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Citeerwijze: R.C. Meurkens, 'Een eerlijk proces in het *punitive damage*-debat', *AV&S* 2022/38, afl. 6.

[2] D.G. Owen, *Products Liability Law*, St. Paul (MN): Thomson/West 2005, p. 45.

[3] Zie bijvoorbeeld mijn proefschrift R.C. Meurkens, *The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2014; S. Bariatti, L. Fumagalli, & Z. Crespi Reghizzi (eds.), *Punitive damages and private international law: State of the art and future developments*, Milano: Cedam, 2019.

[4] Bij de gelegenheid van mijn verdediging werd hierover door Ivo Giesen een vraag gesteld die later in dit tijdschrift is gepubliceerd: I. Giesen, 'Punitive Damages: bestraffend en dus een 'criminal charge', maar wat dan?', *AV&S* 2015/23.

[5] Zie over deze waarborgen de *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights- Right to a fair trial (civil limb)*, laatste update 31 december 2021 (hierna: *Case-law Guide Article 6, civil limb*), te raadplegen via <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides#c=#>; P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10)*, Deventer: Kluwer 2008; P. Leanza & O. Pridal, *The Right to a Fair Trial. Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Deventer: Kluwer Law International 2014, § 6.02 ('How to conduct a fair trial in civil proceedings').

[6] Bijvoorbeeld P. Leanza & O. Pridal, *The Right to a Fair Trial. Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Deventer: Kluwer Law International 2014.

[7] *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights- Right to a fair trial (criminal limb)*, laatste update 30 april 2022 (hierna: *Case-law Guide Article 6, criminal limb*), p. 65, te raadplegen via <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides#c=#>.

[8] EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91 (Saunders v. United Kingdom); T. De Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, p. 39.

[9] *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 73.

[10] EHRM 10 oktober 2019, nr. 8284/07 (*Batiashvili v. Georgia*) betreffende manipulatie van bewijs nog voordat vervolging was ingesteld.

[11] E. Büyüksagis, I. Ibert, D. Fairgrieve, [R.C. Meurkens](#) & F. Quarta, 'Punitive damages in Europe and a plea for the recognition of legal pluralism', *European Business Law Review*, 2016, p. 137-157; R.C. Meurkens, 'Punitive damages ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten', *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, 2017, p. 256-264; B. Pozzo, M. Cannarsa, C. Vanleenhove, R.C. Meurkens, A. Janssen & N. Alvarez Lata, 'The Enforcement of Foreign Decisions Concerning Punitive Damages', *European Review of Private Law*, 2018, p. 661-702; R.C. Meurkens, 'Punitive damages: Foundations to start with', in: S. Bariatti, L. Fumagalli, & Z. Crespi Reghizzi (eds.), *Punitive damages and private international law: State of the art and future developments*, Milano: Cedam, 2019, p. 1-31.

[12] J. W. Nickel, 'Due process rights and terrorist emergencies', *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 244.

[13] C. Cauffman, 'Naar een punitief Europees verbintenisrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenisrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2007/2, p. 841-851. Zie recent over de civiele procedure: G. van Rijssen, 'Ne bis in idem in het civiele (proces)recht', *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht* 2022/1.

[14] J.J. Kircher & C.M. Wiseman, *Punitive Damages Law and Practice. Volume 1*, Eagan (MN): Thomson/West, 2000, chapter 3, p. 2.

[15] W.M. Landes & R.A. Posner, 'The Private Enforcement of Law', *Journal of Legal Studies*, 1975, p. 2; P.D. Carrington, 'The American Tradition of Private Law Enforcement', *German Law Journal*, 2004, p. 1413-1414; S.B. Burbank, S. Farhang & H.M. Kritzer, 'Private Enforcement', *Lewis & Clark Law Review* 2013, p. 644, 673, 688, 694.

[16] E. Gottlieb, 'What you need to know about... punitive damages', *Center for Justice & Democracy (White Paper)*, New York, 2011, p. 9-10, te raadplegen via <https://centerjd.org/content/white-paper-what-you-need-know-about-punitive-damages-0>.

[17] Uit de Nederlandse samenvatting van mijn proefschrift, p. 379.

[18] Zie § 4.2.2. van mijn proefschrift, waarin ik de empirische gegevens onder andere baseer op rapporten van het *Bureau of Justice Statistics of the U.S. Department of Justice* uit 2005, 2009, en 2011. Er worden verschillende gemiddelde *punitive damages*-bedragen genoemd: \$ 25,000 (2005), \$ 55,000 (2009), en \$ 64,000 (2011). Deze rapporten zijn gepubliceerd op <https://bjs.ojp.gov>, waar door mij d.d. 30 oktober 2022 geen nieuwe rapporten (van na 2011) werden gevonden.

[19] Mijns inziens zijn *punitive damages* wel aangewezen bij lichamelijk letsel als gevolg van een verzwarende omstandigheid. Voorbeelden van casus waaraan gedacht kan worden zijn die van de ouders die hun kinderen verloren als gevolg van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval en de moeder wier zoontje is vermoord, met het oogmerk haar leed toe te brengen, door haar bijna ex-man: Hoge Raad 9 oktober 2009, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*); Hoge Raad 26 oktober 2001, *NJ* 2002/216, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*).

[20] *Punitive damages* recht is vooral *state common law*, recht van de staten dus, die elk hun eigen wetgeving



en *Supreme Court* hebben. In het kader van de grondwettelijkheid van *punitive damages* zijn echter ook een paar belangrijke uitspraken gedaan door de hoogste federale instantie, de Amerikaanse *Supreme Court*.

[21] Aangezien ik de verklaringen hier niet verder kan uitwerken, verwijs ik naar de uitgebreide uitleg in mijn proefschrift, p. 145-206.

[22] De *English rule* houdt in dat de verliezende partij de proceskosten van de tegenpartij betaalt. Bij een redelijke kans op een succesvolle claim bestaat er meestal wel een recht op vergoeding van rechtsbijstand. De *American rule* daarentegen houdt in dat partijen de eigen kosten dragen, terwijl er geen vergoeding van rechtsbijstand mogelijk is, zie T.J. Centner, *America's Blame Culture. Pointing Fingers and Shunning Restitution*, Durham (NC): Carolina Academic Press, 2008, p. 22.

[23] Zie onder veel meer S. Franken, 'Collectieve acties, collectieve schikkingen en buitenlandse benadeelden', *NJB*, 2021/2158.

[24] Richtlijn (EU) 2020/1828 van 25 november 2020.

[25] T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB*, 2005/830; K. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch, 2020, p. 497.

[26] T. Hartlief, *Anno 2010. Beschouwingen over aansprakelijkheid en verzekering*, Amsterdam: Uitgeverij deLex, 2009, p. 68; A. Keirse en V. Mak, 'Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving', in: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief (Preadviezen NJV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 47.

[27] *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 118 S. Ct. 488 (U.S. Okl. 1997).

[28] S. Freifield, 'The rationale of punitive damages', *Law Journal of the Student Bar Association of the Ohio State University*, 1935, p. 5; J.J. Kircher & C.M. Wiseman, *Punitive Damages Law and Practice. Volume 1*, Eagan (MN): Thomson/West, 2000, chapter 5, p. 138; T.B. Colby, 'Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs', *Minnesota Law Review*, 2003, p. 678.

[29] D. Rendleman, 'Common Law Punitive Damages: Something for Everyone?', *University of St. Thomas Law Journal*, 2009, p. 3.

[30] L.L. Schlueter, *Punitive Damages. Volume 1*, LexisNexis, 2005, p. 50.

[31] *Tuttle v. Raymond*, 494 A.2d 1353 (Me. 1985), § 1356-1357.

[32] D.G. Owen, *Products Liability Law*, St. Paul (MN): Thomson/West 2005, p. 1203.

[33] J. Mallor & B.S. Roberts, 'Punitive damages: on the path to a principled approach?', *Hastings Law Journal*, 1999, p. 1006.

[34] Fla Stat Ann § 768.73(1)(a), zie <https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2022/0768.73>.

[35] Zie paragraaf 4.4.3 van mijn proefschrift.

[36] R.L. Blatt, R.W. Hammesfahr en L.S. Nugent, *Punitive damages, a state-by-state guide to law and practice*, Eagan (MN): Thomson Reuters/West, 2008, p. 40.

[37] L.L. Schlueter, *Punitive Damages. Volume 1*, LexisNexis, 2005, p. 53.

[38] *Honda Motor Co., Ltd. V. Oberg*, 512 U.S. 415, 114 S.Ct. 2331 (U.S. Or. 1994). Hieraan waren twee zaken vooraf gegaan waarin geen schending van de *due process clause* werd aangenomen: *Pacific Mutual*

*Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 111 S.Ct. 1032 (U.S. Ala. 1991); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443, 113 S.Ct. 2711 (U.S. W.Va. 1993).

[39] L.L. Schlueter, *Punitive Damages. Volume 1*, LexisNexis, 2005, p. 366.

[40] *Honda Motor Co. Ltd. V. Oberg*, § 416.

[41] *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (U.S. Ala. 1996); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424, 121 S.Ct. 1678 (U.S. Or. 2001); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513 (U.S. 2003); *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 127 S.Ct. 1057 (U.S. Or. 2007); *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, 128 S.Ct. 2605 (U.S. 2008). NB: dit is geen limitatieve opsomming van *Supreme Court* uitspraken in het kader van *punitive damages* en de *due process clause*, wel zijn het de in de literatuur meest genoemde uitspraken, zie bijvoorbeeld C.M. Sharkey, 'Federal incursions and state defiance: punitive damages in the wake of Philip Morris v. Williams', *Willamette Law Review*, 2010, p. 449-478.

[42] *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 111 S.Ct. 1032 (U.S. Ala. 1991), § 17-18; *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (U.S. Ala. 1996), § 582-583.

[43] *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (U.S. Ala. 1996), § 583; *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513 (U.S. 2003) § 426.

[44] *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513 (U.S. 2003) § 425.

[45] *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (U.S. Ala. 1996), § 582.

[46] *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, 128 S.Ct. 2605 (U.S. 2008), § 473-474.

[47] C.M. Sharkey, 'The Exxon Valdez litigation marathon: a window on punitive damages', *University of St. Thomas Law Journal*, 2009, p. 26.

[48] *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424, 121 S.Ct. 1678 (U.S. Or. 2001), § 436.

[49] *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 127 S.Ct. 1057 (U.S. Or. 2007), § 353-354.

[50] *Case-law Guide Article 6, civil limb*, p. 3.

[51] T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, p. 18, 26.

[52] EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 (*Golder v. The United Kingdom*), at 36; EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75 (*Deweere v. Belgium*), § 49.

[53] P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, par. 2.3.1.

[54] P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, par. 2.3.1; I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 30; T. Barkhuysen, 'Naar een volwaardig recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces onder het EVRM?', *NJB*, 2018/1189.

[55] Zie voor een overzicht EHRM 25 september 2018, nr. 76639/11 (*Denisov v. Ukraine*), § 51.

[56] T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, p. 19; *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 13.

- [57] EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88 (*Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*), § 32-33; EHRM 25 februari 1997, nr. 22107/93 (*Findlay v. The United Kingdom*), § 79-80; EHRM 29 november 2016, nr. 24221/13 (*Carmel Saliba v. Malta*), § 67; EHRM 11 juli 2017, nr. 19867/12 (*Moreira Ferreira v. Portugal (Nr. 2)*), § 67.
- [58] EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88 (*Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*), § 32.
- [59] EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75 (*Deweere v. Belgium*), § 46; EHRM 10 december 1982, nr. 7604/76, 7719/76, 7781/77, 7913/77 (*Foti and others v. Italy*), § 52; EHRM 12 mei 2017, nr. 21980/04 (*Simeonovi v. Bulgaria*), § 110. Zie voor voorbeelden van een *charge*: *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 9-10.
- [60] EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*), § 49.
- [61] EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75 (*Deweere v. Belgium*), § 44; E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 449.
- [62] EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75 (*Deweere v. Belgium*), § 43-46; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 282.
- [63] EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (*Engel and Others v. The Netherlands*), at § 82-83; EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*), § 50; *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 10.
- [64] EHRM 22 december 2020, nr. 68273/14, 68271/14 (*Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*) § 85.
- [65] *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 10.
- [66] EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*), § 52; EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*) § 38.
- [67] EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*), § 53; EHRM 25 augustus 1987, nr. 9912/82 (*Lutz v. Germany*), § 55.
- [68] EHRM 24 februari 1994, nr. 12547/86 (*Bendenoun v. France*), § 47; EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), § 31; EHRM 9 oktober 2003, nr. 39665/98, 40086/98 (*Ezeh and Connors v. The United Kingdom*), § 86; EHRM 22 december 2020, nr. 68273/14, 68271/14 (*Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*) § 78.
- [69] *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 11, waar verwezen wordt naar EHRM 24 februari 1994, nr. 12547/86 (*Bendenoun v. France*), § 47 (factor a en c); EHRM 10 juni 1996, nr. 19380/92 (*Benham v. The United Kingdom*), § 56 (factor b en e); EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*), § 53 (factor c en f); EHRM 23 oktober 2018, nr. 47072/15 (*Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*), § 42 (factor d).
- [70] A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer, 1993, p. 58; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 281; E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 447; I. Giesen, 'Punitive Damages: bestraffend en dus een 'criminal charge', maar wat dan?', *AV&S* 2015/23.
- [71] EHRM 28 juni 1984, nr. 7819/77, 7878/77 (*Campbell and Fell v. The United Kingdom*), § 72; EHRM 27 augustus 1991, nr. 13057/87 (*Demicol v. Malta*), § 34.
- [72] EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*), § 54; EHRM 23 juli 2002, nr. 34619/97

(*Janosevic v. Sweden*), § 69; EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*) § 31.

[73] P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitieve damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 281.

[74] EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (*Engel and Others v. The Netherlands*), at § 85; EHRM 22 mei 1990, nr. 11034/84 (*Weber v. Switzerland*), § 39.

[75] Zie voor meer voorbeelden: *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 13.

[76] EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), § 43.

[77] EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*); M. den Houdijker, 'Differentiatie in beschermingsniveau artikel 6 EVRM', annotatie bij EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), NJCM-Bulletin, jrg. 32 (2007), nr. 2, p. 174.

[78] Zie onder veel meer C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002; C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht', in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris & F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, Preadviezen VAR Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

[79] Deze kernpunten zijn afkomstig uit: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Punitieve sancties en EVRM-waarborgen', annotatie bij EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*) (bewerking van een eerdere noot van R.J.G.M. Widdershoven), *ABKlassiek* 2009/8, § 8.4.

[80] *Case-law Guide Article 6, criminal limb*, p. 7.

[81] Respectievelijk EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), § 43; EHRM 12 mei 2010, nr. 32435/06 (*Kammerer v. Austria*), § 27; EHRM 10 juli 2014, nr. 40820/12 (*Marčjan v. Croatia*), § 37; EHRM 15 mei 2018, nr. 1385/07 (*Sancaklı v. Turkey*), § 49.

[82] EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), § 43.

[83] EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), § 48.

[84] EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), § 43; EHRM 24 februari 1994, nr. 12547/86 (*Bendenoun v. France*), § 46; EHRM 23 juli 2002, nr. 34619/97 (*Janosevic v. Sweden*), § 81.

[85] M. den Houdijker, 'Differentiatie in beschermingsniveau artikel 6 EVRM', annotatie bij EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), NJCM-Bulletin, jrg. 32 (2007), nr. 2, p. 173, 176, 178.

[86] M. den Houdijker, 'Differentiatie in beschermingsniveau artikel 6 EVRM', annotatie bij EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*), NJCM-Bulletin, jrg. 32 (2007), nr. 2, p. 174; T. De Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, p. 19.

[87] EHRM 12 mei 2010, nr. 32435/06 (*Kammerer v. Austria*), § 27.

[88] EHRM 10 juli 2014, nr. 40820/12 (*Marčjan v. Croatia*), § 36.

[89] Vgl. EHRM 29 september 2011, nr. 3127/09 (*Flisar v. Slovenia*), § 36 waarin wel een schending van artikel 6, lid 1, EVRM werd aangenomen.

[90] EHRM 26 september 2006, nr. 68890/01 (*Blake v. The United Kingdom*), § 46. Zie tevens de ontvankelijkheidsbeslissing in deze zaak: EHRM 25 oktober 2005, nr. 68890/01 (*Blake v. The United Kingdom*), § 96-100.

- [91] P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 281; E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 446.
- [92] J. Boot, 'Privaatrecht & boete. Over double damages bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging', *AA* 2008, p. 205.
- [93] A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer, 1993, p. 59; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 282.
- [94] EHRM 25 maart 1983, nr. 8660/79 (*Minelli v. Switzerland*), § 28.
- [95] P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 282.
- [96] P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 281.
- [97] Een vergelijkbare situatie zien we in het Nederlandse recht steeds vaker bij shockschadevorderingen, zie A.J.J.G. Schijns, 'De vordering van de benadeelde partij in het strafproces: de Hoge Raad geeft college', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 2019, p. 118; T. Hartlief, W.H. van Boom, A.L.M. Keirse & S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 346.
- [98] R.C. Meurkens, *The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2014, p. 187.
- [99] EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila v. Finland*).
- [100] Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Punitieve sancties en EVRM-waarborgen', annotatie bij EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk v. Germany*) (bewerking van een eerdere noot van R.J.G.M. Widdershoven), *AB Klassiek* 2009/8, § 8.2.
- [101] P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, § 3.2.
- [102] W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk & K. Teuben, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018, p. 8.
- [103] P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, § 3.3.2.
- [104] P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, § 3.3.2 en 3.4.
- [105] P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, § 3.4.2.
- [106] W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk & K. Teuben, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018, p. 14.
- [107] P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering

van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 284.

[108] W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk & K. Teuben, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018, p. 84; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, p. 284.

[109] Vgl. C. Cauffman, 'Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2007/2, p. 850.

[110] W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk & K. Teuben, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018, p. 130.

[111] W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk & K. Teuben, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018, p. 128.

[112] P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, § 3.5.

[113] P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, § 3.5.1.

[114] R.C. Meurkens, 'Punitive damages ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten', *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, 2017, p. 264.